This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google books

https://books.google.com

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

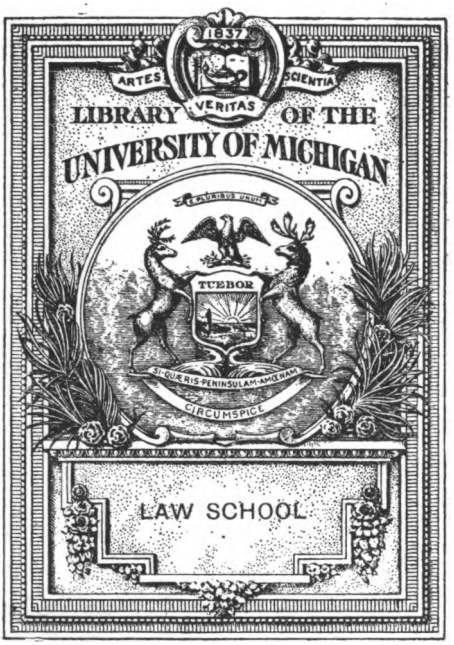
+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

Digitized by Google

K21 .C725x



Digitized by Google

FL2
R46
C934
Stor
a3837

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE.

Digitized by Google

PARIS. — IMPRIMÉ PAR E. THUNOT ET Ce, RUE RACINE, 26.

Digitized by Google

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

TROPLONG
Président du Sénat,
Premier président de la Cour de cassation.

WOLOWSKI
Membre de l'Institut.

PAUL PONT
Conseiller
à la Cour de cassation.

Anciens Directeurs de la Revue critique et de la Revue de législation;

FAUSTIN HÉLIE
Conseiller à la Cour de cassation,
Membre de l'Institut.

BONJEAN
Président à la Cour de cassation,
Sénateur.

L. DE VALROGER
Professeur d'histoire du droit
à la Faculté de Paris.

BERTAULD
Professeur à la Faculté de droit de Caen,
ancien bâtonnier de l'Ordre des avocats.

BATBIE
Professeur d'économie politique à la Faculté de droit
de Paris.

AVEC LE CONCOURS DE MM.

Rouland, gouverneur de la Banque de France; **Delangle**, procureur général à la Cour de cassation; **de Royer**, premier président de la Cour des comptes; **Giraud**, inspecteur général des Facultés de droit; **Ortolan**, professeur à la Faculté de droit de Paris; **Demolombe**, doyen de la Faculté de droit de Caen; **Molinier**, professeur à la Faculté de droit de Toulouse; **Dufour**, **Mimerel**, avocats à la Cour de cassation; **Ducrocq**, professeur à la Faculté de droit de Poitiers, etc.

49140

TOME XXIX. — 16me ANNÉE.

PARIS,

COTILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,
24, rue Soufflot. 24.

1866

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE LÉGISLATION

ET DE JURISPRUDENCE.

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière civile.

Par M. Albert DESJARDINS, agrégé à la Faculté de droit de Paris

DES DROITS DU LOCATEUR EN CAS DE FAILLITE DU LOCATAIRE.

1. Une vive controverse s'est élevée, depuis quelques années, sur l'étendue des droits du locateur, en tant qu'il est créancier des loyers à échoir, dans le cas où le locataire tombe en faillite.

Cette controverse soulève plusieurs questions : 1° la créance du locateur, pour les loyers à échoir, est-elle une créance à terme, et, à ce titre, devient-elle exigible par l'effet du jugement déclaratif de faillite, conformément aux articles 1188 du Code Napoléon et 444 du Code de commerce? Si elle devient exigible, dans quelle mesure et à quelles conditions le privilége établi par l'article 2102-1° du Code Napoléon, en faveur du locateur, peut-il être exercé de ce chef? — Au contraire, cette même créance ne doit-elle pas être considérée comme simplement éventuelle, susceptible de naître au fur et à mesure de la jouissance fournie au locataire, n'ayant par conséquent aucune existence lors du jugement déclaratif de faillite, ou au moins comme conditionnelle, subordonnée à la condition suspensive de la jouissance fournie au locataire, en tout cas ne doit-elle pas être exclue du bénéfice de l'exigibilité anticipée, établi pour les seules créances à terme?

2° La faillite a-t-elle pour effet de résilier le bail? Permet-

Digitized by Google

elle du moins au bailleur de demander à son choix, ou le payement immédiat de tous les loyers à échoir, ou la résiliation? Si cette option lui est refusée, lui confère-t-elle le droit de demander cette résiliation, subsidiairement et à défaut du payement immédiat des loyers à échoir? Si elle ne le lui donne pas encore, ne l'autorise-t-elle pas à réclamer des garanties nouvelles et supplémentaires pour la future exécution du bail? — Au contraire, devons-nous dénier à la faillite toute influence directe sur l'existence et l'exécution du contrat, l'obligation de payer les loyers à échoir étant mise à part?

Telles sont les deux grandes questions dont l'examen doit aboutir à la détermination des droits du bailleur, en cas de faillite du locataire. Chacune d'elles se subdivise en plusieurs questions distinctes, on vient de le voir par le rapide exposé que nous avons fait. Nous aurons en outre à en toucher ou à en examiner d'autres, dont les solutions ne présentent pas un intérêt exclusivement propre à notre sujet, bien qu'elles y aient une grande importance.

2. Les questions posées mettent en présence des intérêts considérables : d'une part se trouve le bailleur, auquel la faillite peut causer un grave préjudice, en lui faisant perdre la garantie attachée à la situation personnelle du preneur, et procurer un grand avantage, soit qu'il touche immédiatement et intégralement les loyers à échoir, sans subir aucune déduction à raison de l'anticipation, soit que la résiliation le mette en mesure de relouer à des conditions meilleures; d'autre part, le failli et ses autres créanciers, également intéressés à ce que l'exigibilité anticipée de tous les loyers n'accroisse pas démesurément le passif, à ce que le privilége attaché à cette créance n'absorbe point la plus grande partie ou la totalité de l'actif, à ce que le bail soit maintenu, s'il est avantageux, soit qu'un concordat laisse le failli dans les lieux loués et à la tête de ses affaires, avec l'espoir et la faculté de les relever au profit de tous, soit que la masse veuille céder et le bail et le commerce à un tiers; enfin les sous-locataires ou cessionnaires de baux qui ont traité avec le preneur et qu'atteindrait sans leur faute la résiliation survenue par suite de la faillite de celui-ci. Ces divers intérêts nous apparaîtront plus nettement à mesure que nous avancerons dans l'étude du sujet.

C'est depuis les quinze dernières années que les questions

Digitized by Google

dont nous parlons se sont présentées devant les tribunaux et ont été agitées par les jurisconsultes. Elles sont nées, pour ainsi dire, de ce développement d'activité et de spéculation auquel nous avons assisté pendant ce temps; plus les entreprises ont été nombreuses et hardiment engagées, plus a dû s'accroître aussi le nombre des occasions où un conflit d'intérêts a eu lieu. En même temps une augmentation considérable et constamment progressive s'est produite sur les loyers, en partie par l'effet de ce mouvement commercial qui multipliait les demandes, en partie à cause des grands travaux qui se sont faits dans les villes les plus importantes de l'Empire. Ainsi les droits réclamés par le bailleur, en s'exerçant plus fréquemment, sont devenus plus importants pour lui, plus menaçants, plus désastreux pour le failli et ses ayants cause.

3. La jurisprudence en général s'est prononcée pour le bailleur. La Cour de cassation, en particulier, a constamment admis, sur nos deux questions, les solutions qui lui sont le plus favorables; les Cours impériales se sont, pour la plupart, décidées à la suivre; une disposition contraire est toutefois très-nettement accusée, dans la Cour de Paris. La doctrine semble incliner plutôt du côté du failli et de ses créanciers. Nous retrouverons les décisions contenues dans les arrêts ou données par les auteurs sur chacun des points que nous aurons à traiter. Elles sont à la fois trop nombreuses et trop diverses pour que nous puissions en donner un résumé clair et complet. Il nous suffit d'avoir indiqué la double disposition qui se montre d'un côté et de l'autre. Elle nous suggère une simple observation. En général, c'est sur la jurisprudence que les considérations pratiques ont le plus d'empire; les auteurs reprochent même quelquefois aux Cours de faire trop facilement le sacrifice des principes aux besoins nouveaux du temps. Au contraire, si l'on adresse un reproche à la doctrine, c'est qu'elle s'en tient à la théorie et néglige la pratique. Ici les rôles sont renversés. L'opinion qui l'emporte, dans la jurisprudence, se fonde sur un respect inviolable pour les principes du droit et pour les textes de la loi; la doctrine se montre et se déclare singulièrement touchée de l'équité et de l'utilité, et s'efforce de mettre la raison du côté où elle trouve l'intérêt le mieux justifié et le plus général.

Digitized by Google

I.

4. Nous nous demanderons d'abord quelle est la nature du droit du bailleur, de la créance des loyers à échoir, et par conséquent quelle est la nature du contrat de louage. A vrai dire, c'est une chose étrange que d'avoir à faire une pareille recherche sur un contrat connu et employé depuis si longtemps. On peut affirmer d'avance que, si les précédents sont dans un sens plutôt que dans l'autre, ce doit être le bon et que la notion la plus ancienne du contrat de louage est aussi la plus exacte.

5. Un premier système, développé par M. Thiercelin[1], consiste à soutenir que l'obligation prise par le locataire de payer les loyers n'a pas de cause au moment où le bail est passé, qu'elle naît chaque jour avec sa propre cause, qui n'est autre chose que la prestation quotidienne de la jouissance par le locateur. Voilà pourquoi les loyers s'acquièrent jour par jour (art. 586 C. Nap.), voilà pourquoi, « si, pendant la durée du bail, la chose louée est détruite en totalité par cas fortuit, le bail est résilié de plein droit » (art. 1722). Le locateur n'a qu'un droit éventuel, qu'une espérance, tant qu'il n'a pas fourni la jouissance et dans la mesure où il doit encore la fournir.

Une telle définition de l'obligation du locataire, une telle interprétation du contrat de louage sont contraires à l'origine historique comme à l'essence de ce contrat. Quel jurisconsulte a jamais eu la pensée de considérer le locateur comme réduit à un droit éventuel, à une espérance, tandis qu'il serait obligé par le contrat? Quoi de moins conforme à la notion même des contrats synallagmatiques parfaits, où « les contractants s'obligent réciproquement les uns envers les autres » (art. 1102 C. Nap.), et parmi lesquels le louage a toujours été rangé?

Le louage est regardé, chez les Romains et chez nous, comme un contrat consensuel : « Consensu fiunt obligationes in... locationibus conductionibus. » (Gaïus, com. III, 135. — Inst., lib. III, tit. 22, § un.) — « Ut emptio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic etiam locatio et conductio ita

[1] En note de l'arrêt rendu par la Cour de Paris le 12 décembre 1861 (D. P., 62, 2, 1).

Digitized by Google

contrahi intelligitur, si merces constituta sit : et competit locatori quidem locati actio, conductori vero conducti. » (Inst., lib. III, tit. 24, pp.) — Ce n'est pas seulement une obligation qui naît à la charge du locateur, une action qui naît au profit du locataire. Les deux contractants sont créanciers et débiteurs l'un de l'autre, peuvent agir l'un contre l'autre. Justinien précise avec soin le caractère des contrats consensuels : « Nec dari quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit eos qui negotium gerunt consentire. » (Inst., lib. III, tit. 22, § un.)

Ce que les jurisconsultes veulent dire quand ils écrivent que le louage est un contrat consensuel se comprend sans peine. Chacune des obligations a sa cause et son objet, au moment même où elle est contractée. D'une part, l'obligation du locateur a pour objet la prestation de la jouissance d'une chose pendant un certain temps et pour cause l'obligation que prend le locataire de payer le loyer pendant le même temps; d'autre part, l'obligation du locataire a pour objet le payement du loyer, pour cause l'obligation que prend le locateur de lui fournir et de lui assurer la jouissance de la chose louée. Ainsi la cause de l'obligation que contracte l'une des parties est l'obligation même que l'autre partie contracte envers elle. Les deux causes naissent, les deux obligations se forment en même temps. Ensuite viendra l'exécution, mais peut-on dire que c'est l'exécution par l'une des parties qui servira de cause et donnera naissance à l'obligation de l'autre?

Si l'argumentation que nous combattons était juste, il faudrait dire que le contrat de louage ne se forme pas au moment où les parties tombent d'accord, que cet accord ne crée d'obligations ni pour l'une ni pour l'autre. Le locataire prétend n'être obligé que par la prestation réelle et continue de la jouissance, c'est-à-dire par l'exécution de l'engagement du locateur; celui-ci répondra que sa propre obligation a pour cause, non la promesse faite par le locataire de payer les loyers, mais l'exécution de cette promesse, le payement des loyers.

L'argumentation substitue au contrat consensuel de louage un nombre indéfini de contrats réels, où l'obligation du locataire ne naîtrait que *re*, celle du locateur naissant *consensu*. Ce système n'est pas seulement inexact en lui-même. Il offre de

Digitized by Google

plus une grave inconséquence, en ce qu'il introduit une telle inégalité de situation entre les deux contractants, une telle diversité d'origine entre les deux obligations.

Le droit français n'a pu abandonner la distinction des contrats en réels et consensuels, car elle est fondée sur la nature même des choses. Il diffère du droit romain en ce qu'il donne force obligatoire aux conventions qui ont pour objet la formation d'un contrat réel. Mais il reconnaît que certains contrats ne se forment que par la remise de la chose qui en fait l'objet (art. 1875, 1892, 1915, 1956, 207). Or il nous dit, dans les termes les plus clairs : « Le louage des choses est un contrat par lequel l'une des parties s'oblige à faire jouir l'autre d'une chose pendant un certain temps et moyennant un certain prix que celle-ci s'oblige de lui payer » (art. 1709).

On invoque l'article 586, ainsi conçu : « Les fruits civils *sont réputés s'acquérir jour par jour* et appartiennent à l'usufruitier à proportion de la durée de son usufruit. » Quel argument sérieux peut-on tirer d'un article fait pour régler, non les rapports du locateur et du locataire, mais ceux de l'usufruitier et du nu-propriétaire? Le législateur ne veut pas que le droit du premier soit restreint aux loyers ou fermages touchés ou du moins échus, si l'usufruit s'est éteint entre deux échéances. Voilà tout ce que dit l'article.

L'argument tiré de l'article 1722 n'est pas plus solide. Le législateur est si loin de considérer l'obligation du locataire comme inexistante faute d'objet à partir de la perte totale de la chose qu'il déclare le bail *résilié* de plein droit. Nous reviendrons sur cet article.

6. D'après un second système, l'obligation du locataire est subordonnée à une condition suspensive, celle de la prestation de la jouissance par le locateur. Elle doit être rangée parmi les dettes conditionnelles, non parmi les dettes à terme : elle ne peut devenir exigible, par application des articles 1188 du Code Napoléon et 444 du Code de commerce.

Ce système est adopté par des auteurs considérables, M. Demangeat[1], notre savant maître, que nous regrettons d'avoir à contredire, M. Pont[2], peut-être M. Valette[3]. Il a été soutenu

[1] Notes sur M. Bravard, *Traité de droit commercial*, t. V, p. 141.

[2] *Des priviléges et hypothèques*, n° 124.

[3] M. Valette s'exprime ainsi (*Traité des priviléges*, n° 61, p. 66) : « La

Digitized by Google

par M. Bertin [1], et tout récemment M. Mourlon l'a reproduit avec de grands développements dans une remarquable dissertation [2]. Nous croyons cependant qu'il n'est point conforme aux principes du droit, et c'est ce que nous essayerons de démontrer.

M. Mourlon reconnaît, à plusieurs reprises, que l'obligation du locataire existe dès le moment où le contrat est formé; il dit bien : « Il se peut que la cause en l'absence de laquelle elle ne peut pas être ne puisse pas naître elle-même; » mais ce n'est point dans cette phrase incidente qu'il faut chercher sa pensée, très-nettement indiquée et très-habilement développée dans le reste de sa dissertation. Suivant lui, suivant les auteurs que nous avons cités, l'obligation du locataire existe, mais avec le caractère d'obligation conditionnelle, subordonnée à l'exécution de l'obligation du locateur.

L'obligation du locateur, qui est la cause de celle du locataire, n'est elle-même que conditionnelle, car elle est subordonnée à la possibilité de fournir la jouissance. En effet elle a pour objet une chose future, à savoir, la prestation quotidienne de la jouissance de la chose louée. Or toute obligation ayant pour objet une chose future est conditionnelle, étant subordonnée à la condition que la chose existera, dans l'espèce, que, la chose louée ne venant pas à périr, la prestation de la jouissance sera possible pendant toute la durée du bail. Donc

plupart des obligations non encore échues du preneur, comme celle des loyers à échoir, ont quelque chose de *conditionnel*, étant subordonnées à la continuation de la jouissance, événement qui peut ne pas se réaliser » (C. civ., 1722, 1769-1771). Cependant, plus bas, à propos de l'article 2102-1° :

« Si le locataire commerçant est tombé en faillite, la simple *déchéance du terme* peut s'expliquer par les principes du droit (C. civ., art. 1188, et C. comm., art. 444). Il en est de même si le locataire non-commerçant est tombé en *déconfiture*, c'est-à-dire si son passif dépasse son actif (arg. C. civ., art. 1913; cp. Cout. de Paris, art. 180). Enfin, abstraction faite de la *faillite* et de la *déconfiture* proprement dite, on pourrait déduire la *déchéance du simple terme* de ce que, par le concours des autres créanciers, le locateur souffre une diminution dans les sûretés fournies par le locataire (C. civ., art. 1188). » Il semble résulter du rapprochement de ces deux passages que la grande autorité de M. Valette ne peut être invoquée ni dans un sens ni dans l'autre.

[1] Journal *le Droit*, numéros des 14 et 16-17 déc. 1861, et 12 mai 1865.

[2] En note des deux derniers arrêts de la Cour de cassation (D. P., 65, 1, 201).

Digitized by Google

l'obligation du locateur est subordonnée à une condition, et il est impossible que l'obligation du locataire, qui a sa cause dans la première, soit elle-même pure et simple. M. Mourlon invoque l'autorité de Pothier, qui répète partout que « c'est la récolte des fruits de la ferme ou la jouissance effective de la chose louée qui *fait naître* l'obligation de payer les fermages ou les loyers, » et celle de M. Demolombe, qui dit : « La créance des loyers *naît* à la fin de chaque jour de jouissance. »

Écartons toute équivoque. Les deux passages de Pothier et de M. Demolombe ne peuvent servir au système que nous venons d'exposer. Ils prouveraient trop et viendraient à l'appui de la première doctrine, que M. Mourlon en particulier condamne comme nous, puisqu'il reconnaît dès la formation du contrat l'existence d'une obligation conditionnelle.

L'histoire est loin de favoriser ce second système. Sans doute les jurisconsultes romains et nos anciens auteurs ne se sont pas expliqués catégoriquement sur la question : il est même telle de leurs décisions ou de leurs expressions d'où l'on peut inférer qu'ils tenaient l'obligation pour inexistante jusqu'à la prestation de la jouissance ou pour subordonnée à la condition de cette jouissance. Mais, sous la confusion de leur doctrine et de leur langage, s'il est possible de démêler une opinion dominante, c'est assurément celle-ci, que le locateur a une créance à terme, non une créance conditionnelle, encore moins une simple espérance.

On nous pardonnera de remonter au droit romain; en matière de contrats, c'est souvent là qu'il faut chercher l'origine et l'explication de notre loi. Nous trouvons un texte fort remarquable, formant la loi 19, § 6, ff. *Locati* (XIX. 2), d'Ulpien : « Si une personne, ayant loué une habitation pour un an, a donné le loyer de toute l'année, qu'après six mois la maison se soit écroulée ou ait été brûlée, Mela écrit avec beaucoup de raison, *rectissime*, qu'elle répétera le loyer du reste de l'année par l'action *ex conducto*, qu'elle n'intentera pas la *condictio indebiti*; car *elle n'a pas donné par erreur plus* qu'elle ne devait, elle a donné pour obtenir des conditions de loyer plus favorables; au contraire, si elle a payé par erreur, pensant avoir loué pour quinze, elle n'aura pas l'action *ex conducto*, mais seulement la *condictio*; car il y a une grande différence entre celui qui a payé par erreur et celui qui a payé

Digitized by Google

d'avance tout le loyer. » On sait que la personne qui a payé par erreur une dette conditionnelle, *pendente conditione*, a la *condictio indebiti* (L. 16, pp. ff., *De condict. indeb.*, XII, 6). Que conclure du rapprochement de ces deux lois, si ce n'est que la dette du locataire n'est pas conditionnelle, la *condictio indebiti* étant refusée à celui-ci? M. Demangeat, en parlant de cette loi, se borne à dire : « L'homme ne pouvant pas connaître l'avenir, il ne serait pas bien exact de dire qu'il y a eu erreur de la part de celui qui pensait que telle chose arriverait, lorsque cette chose n'est pas arrivée [1]. » Pothier est beaucoup plus explicite; voici ce qu'il écrit en tête de la loi 19, § 6, *Locati* : « Adeo autem *id quod ex die debetur* debitum est, ut, etsi, post solutionem *ante diem ex qua debebatur*, casus aliquis acciderit propter quem, si solutum non fuisset, obligatio *rescindenda* esset, tamen *non videatur indebite solutum* [2], » et il fait suivre la loi de cette note : « Revera enim integram pensionem quam solvit *debebat*, quamvis postea acciderit casus incendii propter quem remittenda fuerit conductori pro eo tempore quo ei frui non licuerit. » La pensée de Pothier est claire ; il considère la dette du locataire comme née et à terme. Nous verrons s'il s'est contredit dans son *Traité du contrat de louage* [3]. Les Romains étaient si éloignés de considérer le louage comme engendrant des obligations conditionnelles qu'ils avaient hésité à reconnaître la validité de la condition insérée dans ce contrat; Gaïus et Paul ont conservé le souvenir de cette hésitation : « Jam enim non dubitatur, quin sub conditione res venire aut locari possint » (Com. III, 146), dit le premier; « sicut emptio, ita et locatio sub conditione fieri potest, » dit le second (L. 20, pp. ff., *Locati*) [4].

Nos anciens auteurs reproduisent en général les règles romaines sur le louage, sans songer à faire du contrat une analyse dont les jurisconsultes romains s'étaient abstenus et qui

[1] *Cours élémentaire de droit romain*, t. II, p. 368.

[2] *Pand. Just. ad tit. de condictione indebiti*, n° 13.

[3] On peut rapprocher de la loi 19, § 6, la loi 33 du même titre, où Africain parle aussi d'un loyer payé d'avance, qui doit être restitué au locataire et que celui-ci réclame par l'action *conducti*.

[4] V. sur ce point la remarquable *Théorie de la condition dans les divers actes juridiques suivant le droit romain* de notre savant collègue, M. Bufnoir, p. 115-117.

Digitized by Google

n'eût pas présenté d'intérêt pratique. Il est certain que le système de l'obligation conditionnelle du locataire n'a jamais été professé par eux ; il est permis de supposer que, s'ils l'avaient conçu et adopté, ils auraient cru nécessaire de l'énoncer et de le développer ; car il eût constitué une innovation dans la science du droit. C'est au contraire dans le sens de l'obligation à terme que sont les passages les plus formels, et nous n'avons pas besoin de prendre nos preuves ailleurs que dans Pothier. Voici d'abord comment il décompose le contrat : « Il est de l'essence du contrat de louage, 1. qu'il y ait une chose, 2. qu'elle soit susceptible du contrat de louage, 3. qu'il y ait une jouissance ou un usage de cette chose qui soit l'objet et la matière du contrat, 4. qu'il y ait un temps pendant lequel doive durer cette jouissance [1]. » — « Il suit de là, ajoute-t-il, que le contrat est nul si la chose qui faisait l'objet du contrat n'existait plus *dès le temps du contrat* [2]. » Le passage suivant est presque décisif : « On convient quelquefois d'une seule somme pour tout le temps du louage, et en ce cas cette somme doit être payée à l'expiration de ce temps... Quelquefois *le loyer est distribué en plusieurs annuités,* ou par chaque année, ou par chaque demi-année, ou par chaque quartier, ou par chaque mois, ou par chaque semaine ; en ces cas, *chacune de ces sommes doit être payée* aussitôt après l'expiration de chaque année, de chaque demi-année, etc. [3]. » L'idée de dettes successives et incertaines est-elle compatible avec cette distribution du loyer, dette unique, en plusieurs sommes?

D'autres passages peuvent être invoqués dans un autre sens, notamment celui-ci : « Le conducteur, locataire ou fermier doit avoir la remise du loyer pour le tout, lorsque le locateur n'a pu lui procurer la jouissance ou l'usage de la chose louée. La raison de ce principe est que... le contrat de louage s'analyse en une espèce de contrat de rente des fruits futurs ou de l'usage futur de la chose louée, dont le loyer est le prix. Or de même que la vente des fruits futurs n'est valable et que le prix n'en est dû qu'autant que ces fruits naîtront et feront par leur existence la matière du contrat, on doit pareillement décider qu'il ne peut être dû de loyer lorsque le conducteur n'a pu

[1] *Traité du contrat de louage,* n° 6.
[2] *Ibid.*, n° 7.
[3] *Ibid.*, n° 134.

Digitized by Google

avoir aucune jouissance ou usage dont ce loyer soit le prix [1]. » Encore le sens de ce passage est-il singulièrement affaibli par celui où Pothier explique la convention qui met les risques à la charge du fermier : « On dira peut-être : de quoi la ferme peut-elle être en ce cas le prix, puisqu'il n'y a point de fruits? La réponse est qu'elle est le prix de l'espérance incertaine que le fermier a eue de recueillir des fruits [2]. » Ni la cause ni la condition de l'obligation du preneur ne sont dans la prestation réelle de la jouissance.

Les travaux préparatoires du Code Napoléon n'offrent pas plus de précision que les textes de l'ancien droit. Cependant il ne semble pas que l'idée de considérer l'obligation du locataire comme conditionnelle soit venue aux législateurs. *L'Exposé des motifs*, fait par M. Galli, explique la résiliation de plein droit du bail par la perte totale de la chose, en disant que la loi a voulu respecter l'intention présumée du locataire; il ne parle ni de cause disparaissant ni de condition venant à défaillir. M. Jaubert, organe du Tribunat, insiste sur le caractère consensuel du louage. « Le projet, dit-il, ne pouvait changer ces idées qui sont déduites de la nature des choses, l'obligation existant dans la conscience des contractants, dès le moment où le consentement réciproque est formé. »

Considérons maintenant le contrat en lui-même. Les arguments sur lesquels se fonde le système de l'obligation conditionnelle sont au nombre de deux, 1. l'objet de l'obligation du locateur, cause de l'obligation du locataire, est une chose future, donc incertaine, et rendant telle cette dernière obligation; 2. le locateur est chargé des risques par la loi.

Le premier argument est le plus spécieux. Il est vrai, le locateur ne peut point acquitter immédiatement et en une fois toutes ses obligations, la nature des choses ne le permet pas; il faut qu'il fasse jouir aujourd'hui, demain, tous les jours pendant la durée du bail, et il n'est pas certain qu'il puisse demain, comme aujourd'hui, dans un mois, dans un an, remplir cette obligation : si la chose périt, l'exécution sera impossible. Que conclure de ce raisonnement? Qu'un terme implicite, nécessaire, se trouve apposé à l'exécution de l'obligation du bailleur dans toutes ses parties, non que l'obligation est condi-

[1] *Traité du contrat de louage*, n° 139.
[2] *Ibid.*, n° 178.

Digitized by Google

tionnelle. Cette dernière conclusion mènerait à une autre bien plus importante, mais bien plus singulière. Elle ne tendrait à rien moins qu'à faire disparaître presque entièrement la classe des obligations à terme, *ex die*. Cette classe peut elle-même se subdiviser en deux. Les unes ont pour objet la dation de choses considérées par les parties comme fongibles, de choses non susceptibles de périr ou d'être mises hors du commerce, par exemple le payement d'une somme d'argent; la nature ou le titre de la monnaie peut changer, il y aura toujours une monnaie. Les autres ont pour objet, soit un fait, soit la dation d'un objet déterminé, ou de choses qui sont considérées comme fongibles, mais qui appartiennent à un genre susceptible de périr ou d'être mis hors du commerce. Ne faut-il pas dire que les obligations de cette dernière classe sont subordonnées à cette condition suspensive : si l'exécution n'en devient pas impossible, si la chose ne périt pas, si le genre n'est pas mis hors du commerce? Dès qu'un terme est apposé à un engagement, c'est une chose future qui est due, et l'impossibilité où nous sommes de prévoir l'avenir ne nous permet pas d'affirmer que la prestation en pourra être faite. Mais quelles étranges conséquences! Quelle violence ne faut-il pas faire au texte, qui distingue si nettement l'obligation *ex die* de l'obligation *sub conditione?* Ajoutons que la plupart des engagements sont pris à terme; quelle extension va être donnée à la théorie de la condition! Enfin quel moyen d'éviter les plus étonnantes contradictions? Soit une vente, dans laquelle le vendeur a réclamé un terme d'un an pour la délivrance, dirons-nous qu'elle est conditionnelle parce qu'il est possible que la chose périsse dans l'année? Mais alors il faut supprimer la règle des risques, posée dans l'article 1138-2°, et faire de l'exception indiquée par l'article 1182-1° la règle générale.

Il ne faut donc pas s'armer du caractère conditionnel prétendu de l'obligation prise par le bailleur pour démontrer que celle du locataire est également conditionnelle. La raison de décider doit être prise dans la nature même de cette dernière. Or on ne peut dire qu'une chose : le locataire s'est engagé à payer les loyers, sous la condition suspensive que la jouissance lui sera fournie. Mais il faudra interpréter de même tous les contrats synallagmatiques, et cependant prétendre qu'ils créent nécessairement des obligations conditionnelles de part

Digitized by Google

et d'autre, ce sera contredire la notion même de ces contrats et les textes les plus clairs du Code. L'engagement pris par l'une des parties est la cause de l'engagement pris pour l'autre, mais, une fois le contrat formé, les deux obligations deviennent indépendantes l'une de l'autre. Cette indépendance respective souffre une exception importante, écrite dans l'article 1184 : « La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisfera point à son engagement. » Mais les commentateurs n'ont pas le droit de transformer en condition suspensive, dans un contrat en particulier ou dans les contrats en général, cette condition résolutoire tacite.

Le second argument est tiré de la règle qui met les risques à la charge du locateur (appliquée dans les articles 1722, 1724, 1741, 1769 et sqq.). Cette règle prouve, dit-on, que l'obligation du locataire n'a pas une existence indépendante de celle du locateur.

La loi a consacré, en posant cette règle, l'intention présumée des parties et le principe général de la condition résolutoire tacite, fondé sur cette intention. Si les réparations à faire à la chose louée durent plus de quarante jours, « le prix du bail sera diminué à proportion du temps et de la partie de la chose louée dont il aura été privé » (art. 1724-2°). En cas de bai rural, à la perte totale ou partielle d'une récolte par cas fortuit correspond la remise totale ou partielle d'une année de loyer (art. 1769 et 1770). Est-ce parce que la condition sous laquelle celle-ci serait due a fait défaut? Nullement. Le législateur présume sagement que les deux parties, prenant en considération les inévitables incertitudes de l'avenir, n'ont pas voulu mettre toutes les chances défavorables à la charge exclusive de l'une d'entre elles, par une inégalité choquante dans un contrat synallagmatique. Le cas fortuit n'empêche pas que le loyer ne soit dû, car il a été dû pour toute la durée du bail dès la formation du contrat; il fait seulement obtenir une *diminution* (art. 1724-2°), une *remise* ou *décharge* (art. 1769, 1770, 1771) : « Vient ensuite, dit M. Galli, le règlement des *indemnités* que le fermier d'un bien rural peut avoir à prétendre pour perte de récolte par cas fortuit. » En outre, le droit du preneur à cette diminution, à cette remise ou décharge n'est pas absolu. Dans le cas prévu par l'article 1724-2°, il

Digitized by Google

faut que les réparations durent plus de quarante jours. Dans celui de l'article 1769, le fermier ne peut demander la remise, s'il est indemnisé par les récoltes précédentes : « S'il n'est pas indemnisé, l'estimation de la remise ne peut avoir lieu qu'à la fin du bail, auquel temps il se fait une compensation de toutes les années de jouissance. Et cependant le juge peut provisoirement dispenser le preneur de payer une partie du prix en raison de la perte soufferte. » Ces décisions seraient inexplicables, si chaque terme de loyer était vraiment dû sous une condition; la condition se réalisant, la dette existerait; la condition venant à défaillir, la dette ne prendrait pas naissance. Ce serait une disposition tout à fait exorbitante en faveur du bailleur que celle qui établirait un règlement d'ensemble, afin de lui allouer un loyer pour un temps pendant lequel il n'aurait pas rempli son obligation. Tout indique au contraire que le législateur a voulu favoriser ou du moins indemniser équitablement le preneur d'après la volonté qui devait être présumée chez les parties. Le règlement d'ensemble est fait, non pour attribuer au bailleur un loyer auquel il n'aurait aucun droit, mais pour donner une limite à l'indemnité du preneur.

La doctrine du Code Napoléon ne fait que reproduire celle des lois romaines; dans les textes, il est question de *pecuniæ contributio*, pour le temps pendant lequel la jouissance n'a pas été fournie (L. 30, § 1, ff., *Locati*), de *remissio* (L. 15, §§ 3, 4, 5, 7 *eod.*, etc.)[1]. Le jurisconsulte Ulpien a soin de nous prévenir que le preneur a droit seulement à une remise de son loyer, non à tous ses dommages-intérêts (L. 15, § 7 *cit.*). Il ne permet pas d'exagérer l'idée d'indemnité qui domine cette matière. Le règlement d'ensemble doit se faire également, au moins entre l'année où a eu lieu le cas fortuit et les années suivantes, et le même Ulpien nous dit : « Sed si verbo *donationis* dominus ob sterilitatem anni remiserit, idem dicendum; quasi non sit donatio, sed *transactio* » (L. 15, § 4 *cit.*). Le mot *donation* aurait donc pu induire en erreur. Le jurisconsulte établit le vrai caractère de l'acte; c'est une transaction.

Encore tous les cas fortuits ne donnent-ils pas lieu à une transaction de ce genre : « Le bailleur n'est pas tenu de ga-

[1] Cependant la loi 27, § 1, *eod. tit.*, se sert des mots : *non debere mercedem*, sans doute parce que le résultat pratique est de faire considérer le loyer comme n'étant pas dû.

Digitized by Google

rantir le preneur du trouble que des tiers apportent par voies de fait à sa jouissance, sans prétendre d'ailleurs aucun droit sur la chose louée » (art. 1725). Cet article, dans le projet où il formait l'article 32, se terminait ainsi : « Sauf au preneur à les poursuivre en son nom, *et à demander même, s'il y a lieu, une diminution de prix, suivant ce qui est dit à l'article* 70 [1]. » Les mots imprimés en italiques ont été supprimés sur l'observation faite par M. Lacuée, qu'il est contradictoire de décharger le bailleur de toute garantie du trouble apporté par des voies de fait à la jouissance du preneur, et d'autoriser cependant celui-ci à réclamer une diminution du prix, observation de MM. Regnaud de Saint-Jean-d'Angely et Tronchet [2]. Le fait d'un tiers est cependant un cas fortuit, et il devrait certainement entraîner une diminution du prix, si les cas fortuits étaient tous à la charge du bailleur, la créance ne naissant qu'en vertu et dans la mesure de la jouissance fournie par lui.

Enfin la règle même qui met les risques à la charge du locateur peut être écartée par les parties, et il est permis à celles-ci de convenir expressément que le preneur sera chargé des cas fortuits (art. 1772), même des cas fortuits extraordinaires (art. 1773). Une telle convention doit-elle être considérée comme valable par ceux qui font de la jouissance successive à fournir la cause unique de l'obligation future du locataire? Si la récolte est anéantie par un cas fortuit, la cause manquant, l'obligation naîtra. Ce sera une obligation sans cause. Les articles 1772 et 1773 contiennent une violation manifeste de l'article 1131. Le système de la condition suspensive n'expliquerait pas mieux ces deux textes; il en serait réduit à dire : l'obligation du locataire est sous condition suspensive, mais elle n'en naîtra pas moins dans l'espèce, si la condition ne se réalise pas. Combien n'est-il pas plus simple de voir dans la remise ce que les jurisconsultes romains et les législateurs français y ont vu, une transaction entre les parties, une indemnité donnée par l'une à l'autre, indemnité à laquelle celle-ci renonce d'avance, usant de son droit sans violer aucun principe?

Il y a des événements qui, au lieu de faire obtenir une simple remise au preneur, amènent la résiliation du bail La

[1] Fenet, t. IX, p. 222.
[2] *Id., ib.*, p. 245.

Digitized by Google

perte totale de la chose louée l'opère de plein droit (art. 1722 et 1741, 1re décision); la perte partielle peut la faire prononcer (art. 1722); il en est de même des événements prévus dans les articles 1724, 1729, 1741 (2e décision), 1766. Comment ces événements doivent-ils être considérés? Comme autant de conditions résolutoires, aussi bien d'après la doctrine générale du Code que d'après les textes mêmes que nous avons cités. Ils contiennent en effet autant d'applications de l'article 1184. Il serait particulièrement difficile de prétendre que la seconde décision de l'article 1741, « par le défaut respectif du bailleur et du preneur de remplir leurs engagements, » ne se rapporte pas au premier alinéa de l'article 1184 : « pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement. » Mais l'article 1741 met exactement sur la même ligne la perte de la chose louée et le défaut respectif du bailleur et du preneur de remplir leurs engagements. S'il y a une condition résolutoire dans le second cas, il y en a une dans le premier. Allons plus loin; le premier cas rentre dans le second. Pourquoi la perte totale de la chose louée résout-elle le contrat? Parce qu'elle met le bailleur dans l'impossibilité de remplir son engagement. Il est vrai qu'elle opère de plein droit (article 1722), à la différence des autres causes de résiliation, mais parce que celles-ci donnent lieu à un examen de la part des tribunaux, tandis que celle-là supprime toute difficulté et rend tout examen inutile. Pour qu'il n'y ait pas de doute à concevoir, le Code, dans les articles que nous avons cités, se sert de deux mots dont le sens est précis, *résilier* et *résoudre*. On prétend écarter l'argument que nous tirons de ces expressions en disant : Elles sont nécessairement fausses, en tant qu'elles s'appliqueraient au passé qui demeure ineffaçable, donc elles peuvent être fausses, en tant qu'elles s'appliquent à l'avenir; d'ailleurs le louage existe toujours comme contrat conditionnel, et c'est comme tel qu'il est révoqué. Mais, en premier lieu, il est difficile de nier que ces expressions, tant de fois répétées, ne fassent connaître la vraie pensée du législateur; en second lieu, les mots s'entendent *secundum subjectam materiam*, et, si la nature des choses ne permet point de revenir sur les jouissances précédemment fournies et sur les loyers précédemment payés, *quoniam res facti infirmari jure civili non potest* (L. 1, § 4, ff., *De acquir. vel omitt. poss.*,

Digitized by Google

XLI, 2), il ne s'ensuit pas que *résiliation, résolution* ne s'appliquent très-bien aux jouissances et aux loyers de l'avenir : il est même conforme à l'intention certaine des parties et aux principes du droit que la résiliation soit seulement partielle, l'exécution ayant été partielle. Enfin les mots *résiliation, résolution* n'ont jamais été appliqués à un contrat conclu sous une condition suspensive, pour le cas de défaillance de la condition.

7. En réfutant les deux premiers systèmes, nous avons fait connaître celui auquel nous nous rallions. L'obligation contractée par le locataire de payer les loyers est une obligation à terme. Une condition résolutoire l'affecte comme toutes celles qui naissent de contrats synallagmatiques. Mais l'existence de la condition résolutoire tacite n'enlève pas à un droit le caractère de droit né et actuel, alors même qu'il n'est pas actuellement exigible.

Telle est la doctrine qui paraît la plus conforme à la nature des choses, à l'histoire du droit, à l'intention des parties. Il est vrai qu'on répond : l'intention des parties ne peut changer le caractère essentiel d'un contrat; le locataire convient avec le locateur que les loyers seront exigibles seulement après la jouissance fournie; or la condition résolutoire (*si la jouissance n'est pas fournie*), accompagnée d'un terme qui n'écherra qu'après qu'elle sera défaillie (*si la jouissance a été fournie*), est une condition suspensive. Raisonner ainsi, c'est attacher une importance excessive à la fixation des termes de payement. Dans certains pays, le loyer des maisons se paye d'avance, au commencement de chaque terme. Dans ceux où tel n'est pas l'usage général, les parties peuvent convenir que le loyer sera payable au moment de la formation du bail. Suffira-t-il du déplacement du terme par l'usage local ou par la convention pour modifier la nature du contrat? Mais, dit-on, ce prétendu payement, fait par anticipation, n'est pas un vrai payement; c'est la constitution d'un gage irrégulier, *sui generis*, destiné à se convertir en payement, si la condition se réalise, singulièrement avantageux pour le bailleur, à la disposition duquel est mise, pendant l'*interim*, une somme peut-être considérable. Il est certain que l'idée de gage peut présider à des conventions de ce genre : à défaut d'autre cautionnement, certains fermiers ou locataires remettent souvent une espèce

Digitized by Google

de cautionnement en argent, ordinairement la valeur d'une année de bail ou de loyer, imputable sur la dernière année. Il y a loin de cette clause, dont le caractère est nettement expliqué par les parties, à celles dont nous avons parlé, qui offrent une garantie sans doute, mais de la même manière que tout payement comptant. Revenons au droit commun, au payement par termes après chaque échéance; demandons-nous pourquoi le loyer se paye ainsi. Est-ce que le preneur, dans la prévision des cas fortuits, a voulu attendre la prestation accomplie de la jouissance, pour être sûr de ne payer pas ce qu'il ne devrait pas? Non, sans doute, ce mode de payement est fondé sur deux raisons : la première est personnelle au preneur; s'il s'agit du loyer d'une maison, c'est une dépense annuelle, encore doit-elle le plus souvent être divisée, pour ne peser pas trop lourdement sur un instant précis de l'année; s'il s'agit du bail d'une ferme, le fermier, comptant sur les produits du fonds fécondé par son travail, ne peut raisonnablement s'engager à payer avant d'avoir récolté. La seconde raison est tirée de la nature même du contrat et de l'obligation du bailleur; celle-ci n'étant susceptible que d'une exécution partielle et successive, il est naturel, il est équitable que la dette du preneur ne devienne exigible, dans des parties fixées d'avance, qu'avec le temps et à certains intervalles. La condition suspensive n'apparaît pas ici.

Nous avons examiné seulement la nature intrinsèque du contrat de louage. A l'appui de notre conclusion, nous invoquerons l'article 2102-1° du Code Napoléon : « Les créances privilégiées sur certains meubles sont : 1° les loyers et fermages des immeubles sur...; savoir, pour tout ce qui est échu et *pour tout ce qui est à échoir*, si les baux sont authentiques, ou si, étant sous signature privée, ils ont une date certaine. » Comment expliquer cette disposition, si l'on refuse d'y voir une application de l'article 1188? Comment justifier un privilége attaché à une créance qui n'aurait aucune existence? Concevrait-on tant de faveur pour un créancier conditionnel? En tout cas celui-ci n'aurait-il pas dû être astreint à donner caution de restituer, si la condition venait à défaillir? La loi ne présente pas de disposition analogue. Du moins faudrait-il que ceux qui l'ont faite se fussent clairement expliqués sur l'établissement d'une telle anomalie, pour qu'elle fût admissible. Les

Digitized by Google

travaux préparatoires et le Code lui-même n'en ont gardé aucune trace. Entendu au sens que nous lui donnons, l'article s'accorde parfaitement avec le principe général de l'article 1188, et l'article 2184 nous présente une disposition analogue [1].

II.

8. Ce que nous avons dit jusqu'à présent a tendu à démontrer que la créance du bailleur est à terme. Si la démonstration est faite, la conséquence est facile à tirer : « Le débiteur ne peut plus réclamer le bénéfice du terme lorsqu'il a fait faillite » (art. 1188 C. Nap.). — « Le jugement déclaratif de faillite rend exigibles, à l'égard du failli, les dettes passives non échues » (art. 444 C. comm.).

M. Mourlon écarte cette conséquence par l'argument suivant : le locateur ne serait admis à invoquer l'article 1188, que s'il offrait lui-même d'exécuter immédiatement toute son obli-

[1] Merlin, *Répertoire*, v° *Privilége de créance*, sect. 3, § 2, s'exprime ainsi : « Cette *anticipation de payement*... le législateur a mieux aimé *anticiper le terme*... » — M. Troplong reproduit la même idée et presque les mêmes expressions, *Des priviléges*, t. I, n° 55. — V. plus haut, dans le même sens, le passage cité de M. Valette.

M. Labbé (*Journal du Palais*, 1862, p. 7 et sqq.) considère la créance du bailleur comme une créance à terme et sous condition résolutoire. Il écarte l'idée qu'elle serait sous condition suspensive comme *extralégale*. Voy. les conclusions de M. l'avocat général Moreau (D. P., 1862, 2, 1); — M. Sévin (*Revue critique*, t. XVIII, p. 232); — M. C. Martinet (*Revue pratique*, t. XX, p. 70); — MM. Aubry et Rau (§ 261, note 26).

La même doctrine est consacrée par de nombreux arrêts de la Cour de cassation (Req., 16 déc. 1807; D. A., v° *Faillite*, n° 260-1°. — Req., 22 avril 1851; D. P., 51, 1, 237. — Civ. rej., 7 décembre 1858; D. P., 59, 1, 62. — Req., 28 décembre 1858; D. P., 59, 1, 63. — Civ. rej., 4 janvier 1860; D. P., 60, 1, 35. — Civ. cass., deux arrêts, 28 mars 1865; D. P., 65, 1, 291), par des arrêts des Cours de Rennes (V. sous Req. 22 avril 1851), de Dijon (sous Req., 28 décembre 1858), de Rennes (sous civ., 14 janvier 1860), de Rouen (29 juin 1859; D. P., 60, 2, 21), de Paris (24 janvier 1860; D. P., 60, 5, 298), d'Orléans (22 août 1860; D. P., 62, 2, 118), et tout récemment, sur renvoi après cassation, 5 août 1865 (D. P., 65, 2, 136) et 10 novembre 1865 (D. P., 65, 2, 227).

Dans l'arrêt du 22 août, la Cour d'Orléans observe « que les droits auxquels donne lieu l'enregistrement de ce contrat (de louage), sont perçus sur la totalité des loyers; qu'en matière d'expropriation pour cause d'utilité publique, la loi reconnaît le droit du locataire exproprié à une indemnité. »

Digitized by Google

gation, offre qu'il lui est impossible de faire. Ainsi, dans une vente à terme de corps certain, en cas de faillite de l'acheteur, le vendeur ne pourra exiger le payement immédiat, en se réservant de délivrer au terme convenu. Dans une vente à terme de marchandises à fabriquer, l'acheteur tombant en faillite, le vendeur ne pourrait réclamer le prix immédiatement, en refusant la livraison immédiate des marchandises; s'il y a impossibilité, parce qu'elles ne sont pas encore fabriquées, c'est une impossibilité imputable au vendeur, non à l'acheteur. En un mot, la faillite, survenant après un contrat synallagmatique, « ne saurait avoir cet effet extraordinaire de l'affranchir (l'une des parties) de cette portion de son contrat qui l'oblige à exécuter elle-même dès qu'elle en requiert l'exécution. »

Nous doutons que l'analogie soit parfaitement exacte. Il y a entre les deux vendeurs dont parle M. Mourlon et le locateur une différence considérable : la nature des choses permet aux premiers et ne permet pas au second de remplir immédiatement toute l'obligation contractée. L'impossibilité de livrer peut être imputée aux premiers, non au second. N'est-ce pas sur une telle imputabilité qu'est fondé le moyen de défense appelé par les jurisconsultes *exceptio non adimpleti contractus?* Le vendeur réclamerait l'exécution immédiate sans avoir aucunement exécuté son obligation. Tout au contraire le locateur a exécuté la sienne, autant que la nature même du contrat l'exigeait; de sa part l'exécution est aussi complète que le locataire pouvait s'y attendre. L'une de ses obligations est même complétement remplie; il a délivré la chose louée (art. 1719), et il est présumé avoir acquitté toute l'obligation que lui impose l'article 1720 de la délivrer en bon état de réparations de toute espèce. De plus nous ne retrouvons pas ici la corrélation qui existe, dans la vente à terme, entre la livraison de la chose et le payement du prix. Cette dernière opération met en présence deux personnes qui ont voulu retarder l'exécution de leurs engagements respectifs jusqu'à l'arrivée d'un terme unique. Il n'en est pas de même dans le contrat de louage, car les termes apposés à l'obligation du locataire sont étrangers à l'obligation du bailleur.

La question, s'il y en a une, est tranchée par l'article 2102-1°. Le bailleur n'exécute point immédiatement son obligation de

Digitized by Google

faire jouir tout entière, quand il se fait payer par privilége des loyers à échoir, puisque cette exécution est impossible. Le payement anticipé de cette dette à terme n'est donc pas subordonné à une telle condition.

III.

9. Si la créance du bailleur pour les loyers à échoir devient exigible en vertu des articles 1188 du Code Napoléon et 444 du Code de commerce, elle peut, sans difficulté, figurer dans la faillite, sauf à subir une réduction proportionnelle, s'il y a lieu, par suite de sa conversion en droit à un dividende[1].

Mais le bailleur n'est pas un simple créancier chirographaire : il a un privilége, pour le bail d'une maison, sur tout ce qui la garnit (art. 2102-1° C. Nap.). Peut-il se prévaloir de ce privilége pour toute sa créance, aussi bien pour la partie qui devient exceptionnellement exigible par la faillite, que pour celle qui l'était devenue conformément au droit commun et aux prévisions des parties par l'arrivée du terme?

Cette question spéciale se rattache à une question plus générale. Les jurisconsultes se demandent si les créanciers nantis, privilégiés ou hypothécaires, dont les créances ne deviennent exigibles qu'en vertu de l'article 444 du Code de commerce, peuvent exercer le droit de préférence avant l'arrivée du terme, ou du moins tant que les biens spécialement affectés à leurs créances ne sont pas vendus par les soins des syndics. La plupart des auteurs se sont prononcés pour la négative[2]. Si cette opinion prévaut, la règle qu'elle donne est applicable au bailleur. C'est celle que nous adoptons. Après les remarquables dissertations qui ont été faites sur la question, nous n'avons pas besoin de l'examiner à fond; les limites naturellement assignées à notre travail ne nous le permettraient pas. Nous résumerons rapidement les motifs qui nous décident. Les deux raisons qui sont données pour justifier l'exigibilite

[1] *Traité de droit commercial*, de M. Bravard, t. V, p. 155.

[2] V. M. Bravard, *l. c.*, t. V, p. 156 et sqq., — les notes de M. Demangeat sur les pages 157 et 159, avec les autorités qui y sont citées. — V. aussi la dissertation citée de M. Labbé. — Pour l'affirmative, M. Laroque-Sayssinel, Comm. sur l'article 444, nos 6 et 7; — M. Mourlon dans la dissertation que nous avons souvent citée.

Digitized by Google

anticipée ne s'appliquent pas à l'exercice des droits de préférence : le terme, dit-on, avait été accordé par le créancier à cause de la confiance qu'il avait dans la solvabilité de son débiteur, confiance qui ne peut survivre à la faillite; en second lieu il est nécessaire de fixer les droits de chacun, pour que tous soient admis aux opérations de la faillite et aux répartitions. Mais les créanciers dont nous parlons, ayant une sûreté réelle, ne peuvent invoquer la première raison; la seconde leur échappe également, en tant qu'ils voudraient eux-mêmes et sans l'intermédiaire des syndics réaliser cette sûreté. Le texte, il est vrai, ne distingue pas entre les créances; aussi reconnaîtrons-nous que la créance garantie par un droit de préférence devient exigible comme les autres. Mais autre chose est la créance elle-même, autre chose le droit de poursuivre son payement sur un bien déterminé. C'est ce dernier droit qui est mis en question.

La décision que nous adoptons s'accorde parfaitement avec celle que donnent tous les auteurs sur l'article 2102-1°; ils disent que cet article suppose les meubles du locataire vendus, pour qu'il y ait lieu au privilége des loyers à échoir.

Nous devons reconnaître qu'elle n'est pas adoptée par la Cour de cassation qui admet implicitement, dans son premier arrêt du 28 mars 1865, que le locateur, n'étant créancier que de loyers à échoir, peut en poursuivre le payement par privilége sur tout ce qui garnit la maison louée [1].

10. Du principe général que nous avons admis et de l'article 2102-1°, nous tirerons les règles qui servent à déterminer la position du bailleur.

Deux hypothèses peuvent se présenter : 1. le bailleur est créancier de loyers échus ou de toute autre dette également échue; 2. il ne réclame que les loyers à échoir.

Dans la première hypothèse, en admettant que la vente ne soit point provoquée par les autres créanciers, le bailleur peut la provoquer lui-même, du chef de sa créance [2]; une fois la

[1] Cf. Orléans, 10 novembre 1865.

[2] Merlin (*l. c.*) semble donner une décision contraire : « Il n'y a nécessité que lorsque les fruits et les meubles affectés au privilége du propriétaire sont saisis et mis en vente par des créanciers *étrangers* qui la dépouilleraient ainsi de son gage. » Le jurisconsulte a eu sans doute en vue le *quod plerumque fit.*

Digitized by Google

vente opérée, nul doute qu'il ne vienne par privilége sur le prix des meubles pour les loyers à échoir.

Dans la seconde hypothèse, il n'a pas qualité pour provoquer la vente; il faut qu'il attende, soit l'échéance d'un terme impayé, qui lui donnera le droit dont il est privé, ou plutôt dont il n'est pas encore investi, soit la vente faite sur l'initiative des autres créanciers.

Le plus souvent, ce sera la première hypothèse qui se réalisera. Il y aura un ou plusieurs termes en retard. Cependant il dépendra des créanciers de prévenir l'application du principe posé pour ce cas; ils n'auront qu'à s'entendre pour payer les termes échus, avant que le bailleur ait exercé son droit de gage. Il est vrai que l'entente pourra être difficile, la somme à payer considérable; c'est aux créanciers à voir si leur intérêt est de faire l'avance pour prévenir la vente des meubles et l'exercice du droit intégral du bailleur.

Cependant la ressource que nous indiquons est précaire; le fait de la faillite et les conséquences qu'il a produites ne sauraient s'effacer. Or l'une de ces conséquences est d'avoir rendu les loyers à échoir immédiatement exigibles, quoiqu'ils ne soient pas susceptibles de donner lieu à des actes de poursuite. Deux cas peuvent se présenter et se présenteront presque toujours, où il sera permis au bailleur d'invoquer utilement son droit par préférence aux autres créanciers, pour le tout.

Le premier est celui où un terme viendra à n'être pas payé il recouvrera le droit de poursuite, et son privilége s'exercera pour sa créance intégrale sur le prix de la vente. Si les créanciers veulent profiter de la ressource mise à leur disposition, il faut qu'ils veillent au payement intégral des loyers.

Le second cas mérite plus d'attention. C'est celui où les créanciers vendent ou font vendre eux-mêmes les meubles sur lesquels est établi le privilége du bailleur.

Cette vente peut se faire au détail, en exécution des articles 486 et 534 du Code de commerce. On reconnaît sans hésitation que l'article 2102-1° trouve son application dans l'espèce.

Au contraire, quelques jurisconsultes et quelques arrêts soutiennent qu'il ne doit pas s'appliquer si la vente s'est faite en bloc et que le bail soit en même temps cédé à une personne qui prend la place du preneur dans les lieux loués. Ils se fon-

Digitized by Google

dent sur cette idée que la loi exige, pour l'exercice du privilége attaché aux loyers à échoir, non-seulement la vente, mais encore l'enlèvement des meubles affectés à ce privilége, que les meubles qui servent de garantie au bailleur restant dans les lieux loués, le bailleur étant par là même assuré de l'avenir, tout doit se passer comme si le preneur n'avait pas changé.

Nous ne pouvons adopter cette opinion. Le droit de poursuite n'existe, malgré l'anticipation d'exigibilité, que pour les dettes échues conformément au droit commun, soit; mais, une fois les objets vendus, il n'est plus question du droit de poursuite, jusqu'alors paralysé, désormais inutile, et l'exigibilité anticipée produit son effet. A ce principe, incontestable en lui-même et dont l'application à notre espèce ne saurait être douteuse si la créance des loyers à échoir est une créance à terme, joignons le texte spécial de l'article 2102-1° : « Les loyers et fermages de l'immeuble... sur le *prix* de tout ce qui garnit la maison louée ou la ferme. » Il y a un prix; comment empêcher le créancier d'exercer son privilége? La condition de l'enlèvement n'est pas indiquée dans la loi; pourquoi l'exiger? Il est possible que le bailleur, assuré par la présence des meubles dans les lieux loués d'être payé à l'avenir n'ait pas d'intérêt à exiger le payement immédiat des loyers à échoir; qu'importe, s'il en a le droit[1]? ALBERT DESJARDINS.

(*La suite à une autre livraison.*)

DE LA LOI MODIFICATIVE

DES ARTICLES 5, 6 ET 7 DU CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE,

Par M. A. BERTAULD,
avocat à la Cour impériale et professeur à la Faculté de droit de Caen.

L'empire de notre droit pénal vient de recevoir une considérable extension : absolu en dedans de nos frontières, il était

[1] Cette question est tranchée dans un sens contraire par la Cour de Paris (26 juin 1863; 63, 2, 109), dont l'arrêt a été très-justement cassé par le deuxième arrêt du 23 mars 1865, mais pour des motifs que nous ne croyons pas très-exacts. En notre sens, Req. 28 décembre 1858, *cit.*

Digitized by Google

en dehors très-limité, et subordonné à beaucoup de conditions restrictives. En vertu de leur caractère territorial, les lois de police et de sûreté s'appliquaient en France à tous, sans distinction de nationalité, et elles assuraient ainsi l'ordre intérieur; mais nos nationaux sortis de France, elles les abandonnaient presque à eux-mêmes et à la souveraineté étrangère dont ils recevaient l'hospitalité; en cessant de les protéger, elles semblaient perdre tout titre à leur obéissance; elles ne réservaient sans condition leur pouvoir répressif contre les crimes commis à l'étranger qu'autant qu'ils attentaient à la sûreté et au crédit de l'État (art. 5 Code d'instr. crim.) : elles le réservaient encore contre le Français sous la quintuple condition : que l'infraction commise hors de France constituât un crime, que le coupable fût de retour, que la victime fût française, qu'elle portât plainte, et que le fait n'eût pas été définitivement jugé par la juridiction étrangère.

Était-ce leur impuissance ou leur défaut d'intérêt à l'égard des infractions commises par les Français hors de France que, sauf les deux exceptions des articles 5 et 7 du Code d'instruction criminelle, nos lois pénales reconnaissaient?

Je crois qu'elles ne voulaient reconnaître que l'insuffisance de leur intérêt à la répression de faits qui s'étaient produits au loin et n'avaient pas été une atteinte directe à la sécurité nationale. Il est difficile d'admettre qu'elles aient entendu concentrer, en la localisant, la force de leurs prescriptions sur le sol français et qu'elles aient autorisé nos nationaux à s'affranchir temporairement par un voyage de leur souveraineté.

Il n'est pas plus aisé d'attribuer l'abstention du législateur de 1808 à la pensée que les moyens d'action manqueraient d'efficacité, le retour volontaire ou forcé du Français rebelle pouvant le restituer à la souveraineté dont il aurait violé les commandements.

La crainte de ne pas témoigner assez de respect pour les souverainetés étrangères en s'occupant de faits dont leurs territoires auraient été le théâtre ne fournirait pas une explication plus satisfaisante; des motifs de prudence politique seraient peu conciliables avec l'esprit du temps. Le gouvernement impérial ne péchait pas par défaut d'indépendance vis-à-vis des souverains étrangers.

Digitized by Google

Nos Codes n'avaient résolu qu'une question d'opportunité, une question d'utilité nationale.

Les solutions justifiées par les convenances d'une situation, par les intérêts d'une époque, n'ont rien de fixe et d'invariable; la répression n'est pas légitime seulement parce qu'elle est utile, mais son utilité est une des conditions de sa légitimité, et c'est surtout en matière pénale que l'inutile d'aujourd'hui peut devenir l'utile de demain.

Voilà pourquoi en 1842, en 1845, en 1852 la réforme des articles 5 et 7 du Code d'instruction criminelle a été tentée et pourquoi aussi elle devait un jour ou l'autre aboutir.

Les relations de plus en plus étroites entre les peuples, la liberté des échanges, la facilité des communications et des voyages, la disparition des distances, la solidarité de vie commerciale et de vie intellectuelle, le travail continu de la civilisation qui nivelle les mœurs, les lois, et leur imprime un caractère de ressemblance et d'unité, sont des témoignages expressifs des besoins nouveaux de répression auxquels il s'agissait de pourvoir.

M. Nogent Saint-Laurens, dans son rapport au Corps législatif, M. Bonjean, dans son rapport au Sénat, ont brillamment et magistralement démontré qu'un crime, en quelque pays qu'il soit commis, est de nos jours une cause de trouble et d'alarme non-seulement pour la nation au sein de laquelle il s'est produit, mais encore pour la nation à laquelle appartient le coupable. C'est là une vérité désormais au-dessus de toute discussion.

C'est moins à la loi nouvelle qu'aux principes philosophiques dont elle s'est inspirée que s'adresse notre examen.

Les solutions législatives ont une grande importance sans doute, et leur intérêt pratique leur assure en suffisante abondance des interprètes.

Les théories attirent moins à elles; dans le présent elles sont plus négligées, bien qu'à la longue leur action doive être prépondérante; il est commode, pour se dispenser de les étudier, de les qualifier d'abstractions et de les renvoyer aux controverses de l'école. Je suis pourtant heureux de reconnaître qu'un orateur éloquent, M. Jules Favre, dans la discussion même de cette loi, a dignement revendiqué les droits de la spéculation en préférant aux exemples *les théories* et *les raisonnements qui*

Digitized by Google

ne sont, a-t-il dit, *que l'usage des facultés immatérielles que Dieu nous a données pour marcher à la conquête de la vérité.* (*Moniteur* du 31 mai 1866.)

§ 1.

La question de l'étendue de la souveraineté pénale sous le rapport des lieux et des personnes met forcément en présence les théories qui ont entrepris de justifier le principe de la pénalité; aussi les orateurs qui ont pris part au débat, qu'ils s'en soient plus ou moins rendu compte, qu'ils aient sur ce point parlé avec plus ou moins de préméditation, ont d'une manière plus ou moins directe fait leur profession de foi.

M. Nogent Saint-Laurens, au nom de la commission du Corps législatif, a adopté l'idée de Romagnosi, de Rauter, de Giulani, de M. Franck : la société puise dans son existence même le droit de se défendre contre l'agression des malfaiteurs.

« Le droit de punir n'est que la légitime défense des sociétés « contre ceux qui attaquent les personnes, les propriétés, « l'ordre public, et qui troublent ainsi la sécurité générale. » (*Moniteur* du 30 mai 1866.)

M. Nogent Saint-Laurens, en répondant à M. Picard, a dit encore : « Le droit de punir est la légitime défense de la « société ; ce droit est organisé dans les lois répressives. » (*Moniteur* du 31 mai 1866.)

Ce système, dont j'ai ailleurs essayé de mettre en lumière les vices, est l'un des moins propres à établir le droit de la société française de saisir au retour le Français qui a troublé la sécurité d'une société étrangère; s'il ne résiste pas d'une manière absolue à l'extension qu'ont reçue nos lois pénales, il ne la favorise point et élèverait plutôt un préjugé contre elle. Il semble qu'il conviendrait de laisser à la société, dont l'ordre public a été l'objet direct d'une atteinte, le soin de se défendre; le contre-coup que peut ressentir notre société française n'est peut-être pas assez immédiat, assez énergique pour légitimer l'exercice du droit de défense.

M. Émile Ollivier a adopté le système qui fonde le droit de punir sur la justice morale limitée par l'utilité sociale.

« L'acte que j'examine a été commis en territoire étranger, que m'importe. Je ne m'en inquiète pas. Est-il contraire à la

Digitized by Google

justice? Porte-t-il atteinte à l'intérêt social? Je le punis, sinon je l'absous.

« L'acte que l'on considère en lui-même est-il contraire à la justice? Si l'acte n'est pas contraire à la justice, il échappe à la répression; s'il est contraire à la justice, il n'y est pas par cela même soumis, car le jurisconsulte ne peut pas s'arroger les pouvoirs du prêtre, et le droit ne peut pas se confondre avec la morale. » C'est bien là, et en des termes excellents, l'expression des idées de MM. de Broglie, Guizot, Cousin, Rossi, Rémusat, etc.

Il est vrai que M. Ollivier parle aussi de la nécessité de la conservation sociale; mais cela doit s'entendre de l'utilité qui donne titre pour infliger l'expiation.

M. Lubonis s'est associé à ces idées : « Deux éléments primitifs doivent concourir à former la base de la pénalité et des poursuites, à savoir, la criminalité de l'acte et le dommage social. » (*Moniteur* du 31 mai 1866.)

M. Mège s'est rallié au même système : « Le droit de punir, nous a-t-on dit, prend sa source dans deux idées complétement distinctes, complétement différentes, une pensée de justice absolue et une pensée d'intérêt : j'admets cette origine, j'admets cette appréciation du droit de punir. » (*Moniteur* du 1er juin 1866.)

La théorie de la pénalité fondée sur la justice morale limitée par l'utilité sociale, se concilie déjà beaucoup plus avec la répression par la loi française des actes commis à l'étranger au préjudice, soit des nationaux, soit des non-nationaux. M. Mège a établi avec une grande précision que cette théorie non-seulement ne condamnait pas la loi nouvelle, mais la justifiait.

Chose singulière, c'est un des plus redoutables adversaires de la loi, M. Jules Favre, qui a soutenu celle des théories sur la base de la pénalité, qui se prête le mieux, au point de vue philosophique, à la défense de l'innovation qu'il combattait.

Si le droit de punir n'est qu'un corollaire du droit de commander, si sa légitimité est subordonnée à la légitimité et à l'importance du commandement, les lois françaises qui prohibent, sous de fortes sanctions pénales, le meurtre, l'incendie, le viol, le faux, n'interdisent-elles aux Français ces crimes que sur notre territoire?

Digitized by Google

Elles ne seraient alors que des lois territoriales, et elles n'auraient alors, à l'égard des regnicoles, que l'autorité qu'elles ont vis-à-vis des étrangers; mais ne lient-elles pas les Français autrement que les étrangers?

N'ont-elles pas pour ceux que leur origine, leur nationalité rendent sujets, non d'un homme, mais de la souveraineté nationale, un caractère de plus que celui qu'elles ont à l'égard des non-nationaux, qui ne subissent notre souveraineté qu'en tant qu'ils jouissent de sa protection et ne lui appartiennent que par le fait de leur résidence plus ou moins longue sur notre sol?

Des lois ne peuvent-elles pas n'avoir qu'un empire territorial sur les personnes qui ne leur doivent obéissance qu'à raison et pendant la durée de leur séjour sur le territoire français?

Ne peuvent-elles point avoir un empire personnel sur les Français, que leur nationalité, qu'ils conservent hors de France, maintient partout sous la souveraineté française?

« Le principe du droit de punir est essentiellement un acte de souveraineté, a dit M. Jules Favre; il s'affirme dans la législation qui émane du souverain...; le droit de punir est un attribut du souverain. »

Avec ce point de départ, qui est le nôtre, la question se réduit à savoir si le souverain ne commande plus légitimement à ses nationaux et perd sur eux tout droit de contrôle, quand ils sont en dehors de la frontière.

M. Jules Favre ne s'est pas mépris sur le véritable élément de décision; aussi conteste-t-il, d'une manière absolue, à la souveraineté française le droit de réclamer des Français l'obéissance hors de France; il lui refuse le droit de punir en dehors des frontières; cet acte appartient, suivant lui, à la souveraineté du pays où il s'est produit; c'est le résultat d'un principe de réciprocité : la souveraineté française punit l'étranger qui viole ses lois sur le sol français; la souveraineté étrangère doit seule pouvoir punir le Français, qui vient troubler chez elle l'ordre intérieur, confié à sa sauvegarde.

M. Jules Favre, dans cette argumentation, ne paraît pas avoir remarqué que la souveraineté française ne voit aucune usurpation à son détriment, dans le fait de la souveraineté étrangère qui entreprend de réprimer chez elle, au retour de l'agent,

Digitized by Google

son sujet, une infraction commise en France, mais que la répression de nos lois n'a pu atteindre; la France assiste plutôt avec reconnaissance qu'avec jalousie à l'exercice d'une action répressive, qui, bien loin d'ébranler, fortifie l'autorité de ses lois.

La France ne réclame donc pas une immunité qu'elle veuille refuser aux autres nations.

M. Mège a très-bien dit : « Nous n'allons pas faire exécuter et appliquer la peine dans le pays étranger; nous ne substituons pas notre justice à la justice étrangère; non, nous attendons que le coupable soit de retour en France, et alors dans sa présence, dans le mauvais exemple que sa présence y donne, nous puisons le droit de le frapper. » (*Moniteur* du 1er juin 1866.)

Ce que nous voulons constater, c'est que la théorie, qui fonde le droit de punir sur la nécessité de la sanction, laquelle est de l'essence du droit de commander ou du droit de souveraineté, peut aujourd'hui revendiquer M. Jules Favre comme l'un de ses adhérents.

Sans doute l'éminent orateur fait produire à cette théorie des conséquences contraires à celles que nous en déduisons; il veut que la souveraineté de chaque nation expire sur la limite de sa frontière, et nous tenons cette idée pour vraie quand il s'agit de délinquants étrangers; mais nous la rejetons comme erronée lorsqu'il l'applique même aux nationaux.

M. Jules Favre et M. Picard ont opposé encore à la loi une autre objection, qui n'est peut-être que la même idée sous un autre aspect. Suivant eux, un citoyen ne saurait être simultanément soumis à deux souverainetés, à la souveraineté de son pays et à la souveraineté du pays dont il est l'hôte.

« On ne peut servir deux maîtres, on ne peut être sujet de deux législations à la fois; je passe la frontière, je suis en Prusse, je suis soumis à la législation prussienne; elle pèse sur moi, comme elle me protége; en ce qui concerne la législation pénale, j'ai cessé d'être le sujet de la législation française. » (*Moniteur* du 31 mai 1866.)

Cette proposition affirme précisément ce qui est en question. Qu'elle ne soit pas exacte, au moins au point de vue du droit civil, c'est ce qui n'est pas contestable. Le Français à l'étranger ne jouit que de la capacité que lui mesure la loi française,

Digitized by Google

et cette capacité, il n'a la liberté d'en user qu'autant qu'elle n'est pas en contradiction avec les lois d'ordre public du pays où il se propose de contracter. Pourquoi le Français serait-il moins étroitement lié envers la loi pénale française qu'envers la loi civile? Pourquoi ne devrait-il pas, hors de son pays, respect tout à la fois à la souveraineté nationale et à la souveraineté sous l'égide de laquelle il s'est, pour un temps plus ou moins long, librement placé?

M. Jules Favre répond : « En matière civile, le statut personnel suit l'étranger partout où il va; en matière pénale, l'étranger au contraire est saisi par le statut territorial. » (*Moniteur* du 31 mai 1866.)

C'est encore là une affirmation; ce que nous demandons, c'est la raison de cette prétendue différence entre les deux statuts : le statut civil et le statut pénal. Pourquoi certaines lois pénales françaises ne seraient-elles pas, comme certaines lois civiles, obligatoires pour les Français en quelque lieu qu'ils établissent leur séjour et portent leurs pas?

C'est là l'idée que la Faculté de droit de Caen avait exprimée en 1846, dans son rapport *sur quelques modifications à apporter au Code d'instruction criminelle;* c'est aussi l'idée que nous avons développée dans notre *Cours de Code pénal* (7e leçon, p. 118 de la troisième édition); et cette idée, sous la plume de l'éminent rapporteur de la loi au Sénat, vient d'acquérir une considérable autorité.

« Si la loi civile suit le Français en quelque lieu qu'il se transporte pour régler sa capacité civile, sa fortune mobilière et les autres objets compris dans le statut personnel, pourquoi la loi pénale ne pourrait-elle pas le suivre également pour les devoirs moraux dont elle contient la sanction? » (*Moniteur* du 23 juin 1866.)

La loi pénale peut-elle revêtir un caractère personnel? Voilà le problème; il ne peut être éludé; il s'impose.

Un orateur d'un esprit très-élevé, M. Émile Ollivier, a dit pourtant : « Je ne me perdrai pas dans la question de savoir si la loi pénale française est personnelle ou si elle n'est que territoriale. »

Et M. Ollivier a reproché aux jurisconsultes, *qui ont leurs obscurités comme les philosophes*, de s'être égarés dans des abstractions métaphysiques.

Digitized by Google

La question était de savoir, non pas ce qu'était *en fait* notre loi pénale, mais ce qu'*en droit* elle pouvait être.

Le droit de commander et de sanctionner le commandement expire-t-il toujours sur la frontière du souverain? Voilà le point qu'il faut de toute nécessité aborder, et M. Émile Ollivier lui-même, en écartant la formule traditionnelle, ne l'a pas négligé, et il l'a très-bien résolu.

M. Bonjean a affirmé et très-solidement défendu le double droit de juridiction territoriale et de juridiction personnelle.

§ 2.

La haute raison de M. Jules Favre et de M. Picard leur a bien fait comprendre que les articles 5, 6 et 7 du Code d'instruction criminelle laissaient une lacune à combler; c'est à cette lacune que les deux orateurs ont songé à remédier en demandant avec le décret du 23 octobre 1811 que le Français, coupable d'un crime à l'étranger, pût être livré à la juridiction du pays dont il avait violé les lois.

Cette idée a rencontré et dû rencontrer une vive résistance; elle avait contre elle l'opinion de la grande majorité des criminalistes français, l'autorité d'une circulaire du garde des sceaux du 3 avril 1841, l'autorité du droit européen écrit dans tous les traités d'extradition et dans divers textes législatifs, la réprobation des meilleurs publicistes, Martens, Wheaton, Heffter, Mittermaïer, enfin toutes les susceptibilités de notre honneur national.

M. le vice-président du Conseil d'État, M. de Parieu, a trouvé d'éloquentes paroles pour combattre ce système, et sa voix a eu partout beaucoup d'écho.

« Il n'y a pas un pays en Europe qui ait consenti à abandonner le jugement de ses nationaux revenus sur son territoire, et ce principe qui veut qu'un homme soit, s'il est possible, jugé sous la protection de ses antécédents, en présence de tous ceux qui le connaissent, en présence de toute sa vie, devant les juges de sa nationalité et parlant sa langue, à l'abri de la procédure de son pays, ce principe, on vous proposerait de le sacrifier, en disant qu'au lieu du projet de loi, que vous discutez, il vaudrait mieux accorder l'extradition de nos nationaux! » (*Moniteur* du 31 mai 1866.)

Digitized by Google

Dans son rapport au Sénat, M. Bonjean a excellemment dit : « Si indigne que soit un de nos nationaux, tant qu'il n'a pas perdu cette qualité, il conserve quelques droits à la protection de son pays. »

Sans doute il importe à la bonne harmonie entre les nations, comme le dit Vattel, suivi en cela par sir John Cornewall Lewis, que chaque État présume bien de la justice des États voisins; mais est-ce donc ébranler cette présomption que de préférer pour nos nationaux notre justice à la justice étrangère?

§ 3.

Le projet de loi voté le 4 juin 1852 par le Corps législatif, investissait la souveraineté française de la faculté de poursuivre, quand le coupable viendrait chercher un abri sur notre sol, la répression des crimes commis par des étrangers sur le sol étranger, au préjudice de nos nationaux.

Cette disposition, signalée à la chambre des lords dans la séance du 14 juin 1852, par lord Brougham et lord Lyndhurst, causa de l'émotion. Le 25 juin, le comte Malmesbury annonçait à la chambre que le gouvernement français ne donnerait pas suite au vote du Corps législatif. Le projet de loi, envoyé au Sénat, fut en effet retiré.

Les solutions critiquées en Angleterre ne méritaient-elles pas de l'être au point de vue général de la philosophie du droit? N'étaient-elles pas inconciliables avec les vraies bases du droit de punir, quand elles prétendaient soumettre l'étranger, pour des actes commis à l'étranger, contre un Français, à la loi française, sans titre à son obéissance sur un sol, qui ne relevait pas de sa souveraineté?

Telle était l'objection que nous formulions en 1864 (*Code pénal*, 3e édition, p. 128, 129, 130).

Le gouvernement français a abandonné avec beaucoup de raison une disposition qui empiétait sur la souveraineté des autres États, et il est revenu aux principes du décret des 3-7 septembre 1792 et des articles 12 et 13 du Code du 3 brumaire an IV.

M. Nogent-Saint-Laurens, dans son rapport, a écrit : « Nous ne punissons pas, pour les crimes ordinaires, l'étranger qui a commis un crime à l'étranger et qui s'est réfugié en France.

Digitized by Google

Ce cas est celui de l'extradition, au profit de la nation à laquelle appartient l'étranger; mais nous punissons exceptionnellement l'étranger qui a commis à l'étranger un fait troublant la paix publique en France. »

L'exception pour les crimes commis à l'étranger par des étrangers contre le crédit et la sécurité de l'État est l'expression plutôt du droit de défense que du droit de punir.

C'est l'idée de Dante Alighieri, que je m'approprie, en l'atténuant. C'est peut-être l'auteur de la *Divine comédie* et aussi du *Traité de la monarchie,* qui a assigné le premier au droit social de punir son véritable caractère : « La punition n'est pas simplement une peine infligée à l'auteur d'un mal; elle implique de la part de celui qui l'inflige une juridiction légitime. Aussi, si la peine n'émane pas du juge ordinaire, ce n'est plus une punition, c'est plutôt une injustice. »

Ce n'est pas une injustice si ce n'est qu'une défense légitime, et la défense est légitime si elle est nécessaire. Mais la vue de Dante est exacte, et la philosophie pénale eût dû en faire plus tôt son profit.

M. Boujean a semblé ne pas s'associer au scrupule dont le silence de la loi nouvelle, sur ce point, était un témoignage, et il n'a pas dissimulé ses préférences pour le projet de 1852.

« N'est-ce pas un spectacle qui révolte la conscience et la raison que celui de cet étranger qui, après avoir assassiné un Français sur le sol d'un des États voisins, vient chercher un asile dans la patrie même de sa victime, insultant par sa présence et son impunité à la légitime douleur des proches et des amis? Si la justice française est incompétente du chef de l'assassin, *pourquoi ne serait-elle pas compétente du chef de la victime, car enfin n'est-ce pas pour l'État un devoir de protéger et de venger un de ses nationaux?* Sans doute ce devoir est impossible à remplir quand le coupable étranger reste en son pays; mais lorsque spontanément il vient en France, quand il jouit des droits que nos lois civiles accordent si libéralement aux étrangers, quand il vient se placer sous la protection de la loi française, quel principe serait violé si cette même loi lui demandait compte du sang versé? »

M. Boujean a lui-même très-bien formulé le principe, bien qu'il lui dénie son nom et son titre, pour ne lui donner que la qualification d'objection.

Digitized by Google

« On aura pensé sans doute que la loi française n'a empire sur cet étranger, ni comme loi *personnelle*, puisqu'il n'est pas Français, ni comme loi *territoriale*, puisque le fait punissable a été consommé hors de France. »

« Ces raisons, ajoute le profond jurisconsulte, peuvent satisfaire ceux qui, dans les affaires de ce monde, ne considèrent que les principes abstraits, *quelquefois un peu arbitraires*, posés par les publicistes. »

Je ne puis m'accoutumer à croire que le principe qui fonde le droit de punir sur la souveraineté territoriale ou sur la souveraineté personnelle, ne soit qu'une règle arbitraire et factice. Le droit de punir n'implique-t-il pas nécessairement le droit de commander? La société emprunte-t-elle à la partie lésée le droit de la venger ou seulement de la défendre? Peut-on même dire que la peine soit l'exercice du droit de défense appartenant à la société de son chef?

Toutes ces questions ont été étudiées, non-seulement par les criminalistes allemands, auxquels M. Bonjean renvoie, mais par les criminalistes français, et elles sont, sinon précisément résolues, au moins très-élucidées. Les Codes de Wurtemberg, de Bade, de Hanovre, du royaume de Saxe, de Zurich, de Lucerne, de Thurgovie n'ont pas entraîné par leur exemple le législateur français; nous persistons à penser qu'il convient de nous en applaudir. Le gouvernement restera armé du droit d'expulser de notre territoire l'étranger, dont la présence lui semblera offrir un danger. (Lois des 29 vendémiaire an VI, 21 avril 1832 et 3 décembre 1849.)

Voilà un droit, un vrai droit pour toute souveraineté, un droit qui se rattache, non pas au droit de commander, mais au droit de se défendre.

M. Guizot a très-bien caractérisé ce droit : « On ne saurait non plus admettre que pour l'expulsion d'un étranger comme dangereux, une procédure préalable et l'intervention des formes ou du pouvoir judiciaire soient nécessaires. *C'est un droit de police* qui appartient à l'autorité publique et dont elle use selon sa conviction. » (Dépêche du 15 août 1844, de M. Guizot à M. de Jarnac, aff. Pritchard. *Mémoires pour servir à l'histoir de mon temps*, t. VII, p. 95.)

Digitized by Google

§ 4.

L'extension du principe de la personnalité de la loi pénale française *aux délits* commis par les Français à l'étranger, se concilie facilement avec la pénalité expression du droit de défense, avec la pénalité, expression de la justice morale limitée par l'utilité sociale; elle est surtout en parfait accord avec la pénalité sanction du commandement, et elle en est en quelque sorte la conséquence logique.

Toutefois l'application du principe est une question de prudence législative : n'y a-t-il point intérêt pour une société à ne point connaître, à ne point voir, afin de n'avoir point à les réprimer, des infractions qui se sont produites hors de son sein, et qu'elle ne tient point pour très-graves puisqu'elle ne les punit que de peines correctionnelles? C'est là que se présente une appréciation de fait délicate qui peut inquiéter les esprits les plus fermes.

Je veux dire seulement que le motif déduit de ce que parmi les *délits* il en est qui, par la perversité qu'ils supposent chez l'agent et par l'alarme qu'ils produisent, ont plus d'importance sociale que les crimes, accuse notre législation et en appelle la réforme au point de vue de la classification des infractions. Je serais aussi peu touché, je l'avoue, de la considération que les lois de plusieurs peuples voisins punissent les délits commis en France par leurs nationaux, au préjudice des Français. Notre intérêt, quand la souveraineté française a eu le droit de commander, peut seul restreindre ou élargir l'application du droit de punir.

§ 5.

Le principe de la personnalité étendu au délit, y avait-il une raison d'exception pour les délits politiques? De raison philosophique, scientifique, il n'y en avait point incontestablement. Mais n'y avait-il pas une question de convenance et de mesure? Le juriste sortirait de son rôle purement théorique s'il se plaçait sur le terrain de l'opportunité; il peut seulement faire remarquer que pour la solution de ce point il importait de ne pas confondre dans l'argumentation, comme quelques orateurs ont semblé le faire, les *crimes politiques* et les *délits politiques*.

Digitized by Google

§ 6.

La répression par la loi française des délits commis par les Français à l'étranger, a été subordonnée à la condition que ces délits fussent punis par la loi territoriale étrangère. Cette condition, que peuvent recommander certaines considérations d'équité, est en principe difficile à justifier; elle paraît surtout heurter le système qui dérive le droit de punir du droit de commander. Pourquoi la souveraineté française s'incline-t-elle devant une autre souveraineté? Pourquoi subit-elle, ou si l'on veut, s'inflige-t-elle des restrictions qui ne sont pas son œuvre? Logiquement, avec ce point de départ, ne devrait-elle pas appliquer la pénalité de la loi étrangère, quand cette pénalité est plus douce? Logiquement ne devrait-elle pas appliquer la prescription de l'action publique, d'après la loi étrangère, quand cette prescription est plus courte?

Ma principale objection n'a pas échappé à la sagacité de M. Émile Ollivier, et lui qui s'était rallié à la théorie de la justice morale, limitée par l'utilité sociale, s'est ici rattaché à la théorie plus simple et beaucoup moins théocratique de la souveraineté, comme fondement de la pénalité, pour rejeter une condition suspectée d'aboutir à une mutilation de la souveraineté française.

« Lorsqu'un législateur détermine quels sont les faits qui « sont punissables, et qu'il les distingue de ceux qui ne le sont « pas, quelle est la seule autorité qu'il doive interroger? Évi- « demment la sienne. Ne serait-ce pas puéril d'entendre un « législateur nous dire : Vous m'avez chargé de rédiger votre « Code pénal; je ne me suis pas borné à consulter mon bon « sens, la justice, les lumières de ma propre conscience, « puis à prononcer. Je m'en suis remis au législateur des pays « voisins; je considérerais comme délit tout ce qu'il lui plaira « de qualifier ainsi. Mais à l'instant même, répondrons-nous, « vous avez cessé d'être législateur; vous avez abdiqué la sou- « veraineté nationale, déserté votre rôle, humilié votre peuple; « comme on l'a dit, *une nation ne tient que d'elle-même le droit « de punir, et il n'appartient qu'à elle d'en déterminer les « limites.* »

On ne saurait mieux dire, et j'eusse seulement désiré que

Digitized by Google

M. Émile Ollivier eût indiqué, quant à la mesure de la pénalité et à la prescription de l'action publique, les conséquences que le respect de la souveraineté étrangère pouvait entraîner.

M. Émile Ollivier a fait une autre objection qui a moins de gravité peut-être, mais qui, pourtant, est encore considérable : la culpabilité d'un agent et l'imputabilité pénale d'un fait varient avec les circonstances topographiques, et la vérité d'en deçà est l'erreur d'au delà.

« Un fait qualifié délit par notre loi est commis à l'étranger par un Français, sera-t-il punissable? Vous connaissez la loi. Que vous répond-elle? Ni oui ni non, je n'en sais rien, cela dépendra. Mais de quoi cela dépendra-t-il? De la loi étrangère. Il sera punissable, s'il en est ainsi, de la loi étrangère, sinon il ne le sera pas. Mais si le même fait est innocent en Belgique et coupable en Suisse, il sera à l'abri de poursuites si l'accusé est resté dans le premier pays; il y sera soumis s'il a agi dans le second, et ainsi de suite; il pourra arriver qu'il soit innocent s'il passe une troisième frontière, et coupable dès qu'il en aura franchi une quatrième. » (*Monit.* du 31 mai 1866.)

Il est bien évident que, dans la pensée de M. Émile Ollivier, l'adoption partielle de la maxime *locus regit actum*, quant aux délits des Français à l'étranger, ne fait pas dépendre l'application de la pénalité française de la loi du pays d'où revient le coupable, mais de la loi du pays où il a violé les prescriptions du législateur français.

M. Émile Ollivier objectait encore que l'influence et les entraînements du milieu dans lequel le délinquant avait agi, pouvaient atténuer, amoindrir la culpabilité individuelle, appeler un abaissement de peine, mais ne pouvaient exclure la culpabilité absolue résultant de la révolte contre la loi.

Cette argumentation irréprochable sous le rapport de la logique était-elle décisive? Non; le droit, ou si l'on veut, le devoir de punir n'existe pour une souveraineté que sous la condition de l'utilité sociale et dans les limites de cette utilité. Or est-il utile de punir en France un fait qui ne s'élève pas à la hauteur d'un crime et qui a pour excuse l'immunité que lui accorde la loi du pays où il s'est accompli? L'acte inoffensif pour la souveraineté territoriale qui le tolère intéresse-t-il assez la souveraineté d'origine de l'agent pour motiver une poursuite au retour en France?

Digitized by Google

M. le vice-président du Conseil d'État, M. de Parieu, s'est placé à un autre point de vue pour expliquer la restriction au principe de la personnalité en matière de délit. « Le but de la loi, a-t-il dit, est de compléter les garanties de la société française, compromises par le retour dans son sein du coupable, *et de compléter aussi les garanties désirables pour les sociétés étrangères, et le plus souvent voisines à la juridiction desquelles l'agent s'est dérobé.* Or le second but manque lorsque la société sur le territoire de laquelle le fait s'est produit ne le punit pas. »

J'hésite à admettre cette explication qui assigne à la souveraineté française le rôle d'auxiliaire de la souveraineté étrangère contre nos nationaux. Le droit d'une souveraineté se mesure sur ses besoins et sur ses intérêts; elle n'a pas de services à rendre.

J'aime mieux dire avec M. Lubonis qu'un délit qui est puni et par la loi française et par la loi territoriale offre une présomption de très-sérieuse gravité et réclame une répression; il constitue une infraction à un double commandement.

La souveraineté française n'abdique pas, a dit M. Lenormant, commissaire du gouvernement; « le juge français n'appliquera que la loi de son pays. Si dans certains cas elle est plus sévère, dans d'autres elle le sera moins, » la question de la prescription ne peut pas faire de doute, a-t-il ajouté. Je rappellerai que, lors de la loi de 1852, un honorable député avait présenté un amendement pour qu'il fût inséré dans la loi que la prescription ne commencerait qu'à partir du jour du retour en France. Cet amendement a été repoussé, et le principe général maintenu; il en est de même aux termes du projet qui vous est soumis.

La prescripnon a pour point de départ le moment où le fait a été commis, et c'est bien entendu la loi française et non la loi étrangère qui régira la prescription. » (*Monit.* du 1er juin 1866.)

En cas de délit commis par un particulier français ou étranger, la poursuite ne peut être intentée qu'à la requête du ministère public; elle doit être précédée d'une plainte de la partie offensée ou d'une dénonciation officielle à l'autorité française par l'autorité du pays où il a été commis.

C'est le texte du § 4 de l'article 5 de la nouvelle loi; M. Lenormant l'a très-bien justifié.

Digitized by Google

§ 7.

Le § 3 de l'article 5 n'a été l'objet d'aucun débat.

Qu'il s'agisse d'un crime ou d'un délit, aucune poursuite n'a lieu si l'inculpé prouve qu'il a été jugé définitivement à l'étranger.

« Poursuivre un fait réprimé, écrit M. Nogent-Saint-Laurens, dans son rapport, ce serait violer la maxime banale *non bis in idem.* »

La fin de non-recevoir contre la poursuite n'est pas subordonnée à la condition que la peine ait été exécutée, ou qu'il en ait été fait remise par la grâce du pouvoir étranger.

La souveraineté française n'est pas à la disposition de la justice étrangère; elle ne prête pas main-forte aux condamnations qui n'ont pas été prononcées en son nom; — mais pourquoi tient-elle compte des condamnations du juge étranger, ou de ses arrêts d'acquittement?

Dans la rigueur du droit, l'application de la sanction attachée aux commandements de la souveraineté étrangère ne désintéresse pas la souveraineté française; c'est à nos lois qu'appartient la mission de punir la désobéissance qu'elles n'ont pu prévenir, et la satisfaction, peut-être dérisoire, qu'une loi étrangère a reçue, n'est pas, en principe, un témoignage suffisant de l'autorité et de la puissance de notre souveraineté. Si le droit de punir est le corollaire du droit de commander, c'est le souverain, dont le commandement a été violé, qui doit infliger le châtiment.

Aussi notre jurisprudence proclame-t-elle que le jugement rendu au nom d'une souveraineté étrangère, qu'il absolve, acquitte ou condamne un étranger, *pour un délit commis en France*, ne fait pas obstacle à la poursuite et à la répression de la justice française. (Cassation, 21 mars 1862; Car., 62, 1, 541.)

« L'intérêt des nations fera peut-être prévaloir un jour, dans leur rapport entre elles, le principe d'humanité, *non bis in idem.* — Mais ce principe constituera une exception que le législateur a seul le droit d'écrire. » (*Cours de Code pénal*, 3e édit., p. 124 et 125.)

M. Bonjean, dans son rapport au Sénat, a pensé que, con-

Digitized by Google

trairement aux règles suivies pour les jugements civils, la loi nouvelle reconnaît aux arrêts rendus par les tribunaux criminels étrangers l'autorité de la chose jugée. N'a-t-il pas exagéré la portée d'une solution qui n'est, nous le croyons du moins, qu'une exception? Suivant nous, cette exception n'est pas encore l'expression du droit commun. — Qu'on convertisse l'exception en règle, nous le voulons bien, et nous l'espérons, parce que la logique n'est pas la seule inspiration que doive consulter la philosophie pénale.

L'amnistie promulguée par la souveraineté étrangère avant tout jugement couvrirait-elle le Français pour les délits, et même pour les crimes commis hors de France?

La logique dit non.

L'humanité dit oui.

La question n'est pas sans importance, surtout en matière politique.

Pour les délits, par l'amnistie, ils cessent d'être punissables à l'étranger.

Donc ils sont légalement impunissables en France.

Pour les crimes, notre loi ne semble restreindre son indépendance qu'en face d'un jugement définitif de la juridiction étrangère : l'amnistie prévient le jugement, elle ne le supplée pas.

J'ai voulu faire pour la loi modificative du Code d'instruction criminelle ce que j'ai entrepris pour la loi du 13 mai 1863; j'ai essayé de me rendre compte du progrès ou du mouvement pendant une période de trois ans des idées sur les principes fondamentaux de la philosophie pénale.

Comment la science du droit n'attacherait-elle pas une considérable importance à des débats qu'ont animés et éclairés des juristes profonds, d'éloquents orateurs et des publicistes d'une imposante autorité? L'œuvre parlementaire ne comporte pas sans doute la rigueur doctrinale de l'enseignement; mais en revanche elle a l'éclat qui assure non-seulement aux vérités qu'elle consacre, mais encore à celles qu'elle préjuge ou qu'elle se borne à indiquer le succès qui fait souvent défaut aux thèses de la logique la plus serrée. A. BERTAULD.

Digitized by Google

§ 7.

Le § 3 de l'article 5 n'a été l'objet d'aucun débat.

Qu'il s'agisse d'un crime ou d'un délit, aucune poursuite n'a lieu si l'inculpé prouve qu'il a été jugé définitivement à l'étranger.

« Poursuivre un fait réprimé, écrit M. Nogent-Saint-Laurens, dans son rapport, ce serait violer la maxime banale *non bis in idem.* »

La fin de non-recevoir contre la poursuite n'est pas subordonnée à la condition que la peine ait été exécutée, ou qu'il en ait été fait remise par la grâce du pouvoir étranger.

La souveraineté française n'est pas à la disposition de la justice étrangère; elle ne prête pas main-forte aux condamnations qui n'ont pas été prononcées en son nom; — mais pourquoi tient-elle compte des condamnations du juge étranger, ou de ses arrêts d'acquittement?

Dans la rigueur du droit, l'application de la sanction attachée aux commandements de la souveraineté étrangère ne désintéresse pas la souveraineté française; c'est à nos lois qu'appartient la mission de punir la désobéissance qu'elles n'ont pu prévenir, et la satisfaction, peut-être dérisoire, qu'une loi étrangère a reçue, n'est pas, en principe, un témoignage suffisant de l'autorité et de la puissance de notre souveraineté. Si le droit de punir est le corollaire du droit de commander, c'est le souverain, dont le commandement a été violé, qui doit infliger le châtiment.

Aussi notre jurisprudence proclame-t-elle que le jugement rendu au nom d'une souveraineté étrangère, qu'il absolve, acquitte ou condamne un étranger, *pour un délit commis en France*, ne fait pas obstacle à la poursuite et à la répression de la justice française. (Cassation, 21 mars 1862; Car., 62, 1, 541.)

« L'intérêt des nations fera peut-être prévaloir un jour, dans leur rapport entre elles, le principe d'humanité, *non bis in idem.* — Mais ce principe constituera une exception que le législateur a seul le droit d'écrire. » (*Cours de Code pénal*, 3e édit., p. 124 et 125.)

M. Bonjean, dans son rapport au Sénat, a pensé que, con-

Digitized by Google

trairement aux règles suivies pour les jugements civils, la loi nouvelle reconnaît aux arrêts rendus par les tribunaux criminels étrangers l'autorité de la chose jugée. N'a-t-il pas exagéré la portée d'une solution qui n'est, nous le croyons du moins, qu'une exception? Suivant nous, cette exception n'est pas encore l'expression du droit commun. — Qu'on convertisse l'exception en règle, nous le voulons bien, et nous l'espérons, parce que la logique n'est pas la seule inspiration que doive consulter la philosophie pénale.

L'amnistie promulguée par la souveraineté étrangère avant tout jugement couvrirait-elle le Français pour les délits, et même pour les crimes commis hors de France?

La logique dit non.

L'humanité dit oui.

La question n'est pas sans importance, surtout en matière politique.

Pour les délits, par l'amnistie, ils cessent d'être punissables à l'étranger.

Donc ils sont légalement impunissables en France.

Pour les crimes, notre loi ne semble restreindre son indépendance qu'en face d'un jugement définitif de la juridiction étrangère : l'amnistie prévient le jugement, elle ne le supplée pas.

J'ai voulu faire pour la loi modificative du Code d'instruction criminelle ce que j'ai entrepris pour la loi du 13 mai 1863; j'ai essayé de me rendre compte du progrès ou du mouvement pendant une période de trois ans des idées sur les principes fondamentaux de la philosophie pénale.

Comment la science du droit n'attacherait-elle pas une considérable importance à des débats qu'ont animés et éclairés des juristes profonds, d'éloquents orateurs et des publicistes d'une imposante autorité? L'œuvre parlementaire ne comporte pas sans doute la rigueur doctrinale de l'enseignement; mais en revanche elle a l'éclat qui assure non-seulement aux vérités qu'elle consacre, mais encore à celles qu'elle préjuge ou qu'elle se borne à indiquer le succès qui fait souvent défaut aux thèses de la logique la plus serrée. A. BERTAULD.

Digitized by Google

DE L'INSCRIPTION A PRENDRE SUR LES IMMEUBLES AFFECTÉS AU CAUTIONNEMENT DU CONSERVATEUR DES HYPOTHÈQUES, POUR FAITS DE CHARGE, ET DE LEUR RENOUVELLEMENT,

Par M. Flandin, conseiller à la Cour impériale de Paris.

Le conservateur est le préposé « à l'exécution des formalités civiles prescrites pour la conservation des hypothèques et la consolidation des mutations de propriétés immobilières » (L. 21 vent. an VII, art. 3); en d'autres termes, c'est le préposé chargé d'opérer l'*inscription* des priviléges et des hypothèques ainsi que la *transcription* des actes sujets à cette formalité. Il est, de plus, chargé, suivant l'article 2196 du Code Napoléon, « de délivrer à tous ceux qui le requièrent copie des actes transcrits sur ses registres, et celle des inscriptions subsistantes, ou certificat qu'il n'en existe aucune. »

Il est responsable, aux termes de l'article 2197 du même Code, du préjudice résultant, pour les parties ou pour les tiers, de toutes erreurs ou omissions commises dans lesdites inscriptions, transcriptions, copies ou certificats, lorsqu'elles sont imputables à sa faute ou à sa négligence.

Pour garantie de ce préjudice éventuel, l'article 5 de la loi du 21 ventôse an VII l'astreint à fournir un cautionnement en *immeubles*, dont l'importance se mesure sur la population de l'arrondissement dans lequel il exerce ses fonctions (même loi, art. 11).

Ce cautionnement est « spécialement et exclusivement affecté à la responsabilité du conservateur, pour les erreurs et omissions dont la loi le rend garant envers les citoyens; et cette affectation subsiste pendant toute la durée de ses fonctions, et dix années après; passé lequel délai, les biens servant de cautionnement sont affranchis, de plein droit, de toutes actions de recours qui n'auraient point été intentées pendant cet intervalle » (loi précitée, art. 8).

L'inscription du cautionnement, porte l'article 7, sera faite « à la diligence et aux frais du conservateur. »

Elle est prise en cette forme :

« A la diligence du sieur....., conservateur des hypothèques dans l'arrondissement du tribunal de première instance séant

Digitized by Google

à....., et au profit de toutes personnes qui, pour cause d'erreurs ou omissions dont la loi rend ledit conservateur responsable, auront à exercer une action en garantie sur les biens affectés à son cautionnement, et ci-après désignés, etc. » (le surplus, comme il est prescrit par l'article 2148 du Code Napoléon) [1].

L'article 7 ajoute : « Elle (l'inscription) subsistera pendant toute la durée de la responsabilité du conservateur, *sans avoir besoin d'être renouvelée*.

L'article 2154 du Code Napoléon dit, au contraire, d'une manière générale, que « les inscriptions conservent l'hypothèque et le privilége pendant dix années, à compter du jour de leur date, » et que « leur effet cesse, si ces inscriptions n'ont été renouvelées avant l'expiration de ce délai. »

De là naît la question de savoir si cet article 2154 a dérogé à l'article 7 de la loi de ventôse; ou si la spécialité de cette dernière loi ne doit pas faire considérer la disposition de son article 7 comme ayant survécu au Code Napoléon, qui, tout en posant, dans l'article 2197, le principe de la responsabilité du conservateur, ne s'est occupé ni du cautionnement affecté à cette responsabilité, ni de l'inscription à prendre sur les immeubles formant ce cautionnement.

Cette question a été tranchée, dans le sens de l'obligation du renouvellement, par un Avis du Conseil d'État du 18 avril 1809, approuvé le 4 juin suivant; Avis qui n'a pas été inséré au *Bulletin des lois*, mais qui se trouve mentionné dans l'Instruction générale de la Régie de l'Enregistrement du 8 août de la même année, n° 445.

Cependant, dans un rapport fait au Sénat, à la séance du 18 mai dernier, sur une pétition demandant que l'inscription hypothécaire, prise sur les immeubles affectés au cautionnement des conservateurs des hypothèques, fût dispensée du renouvellement décennal, l'existence de cet Avis du Conseil d'État a été mise en doute par le rapporteur, M. Suin, qui a supposé que le pétitionnaire avait confondu l'Avis du Conseil

[1] Cette formule est tirée du *Modèle de bordereau* joint à l'ordonnance royale du 14 juin 1829, concernant l'organisation de la conservation des hypothèques dans nos colonies de la Martinique, de la Guadeloupe et de ses dépendances, et de la Guyane française.

Digitized by Google

d'État précité avec celui du 15 décembre 1807, approuvé le 22 janvier 1808, et relatif *à la durée des inscriptions hypothécaires prises, soit d'office, soit par les femmes, les mineurs et le Trésor public, sur les biens des maris, des tuteurs et des comptables.* Voici, en effet, de quelle manière s'exprime le rapporteur :

« Quant à l'Avis que cite le pétitionnaire, sur lequel il a appuyé sa demande, et auquel il donne la date du 18 avril 1809, approuvé le 4 juin suivant, tous nos efforts pour le découvrir ont été inutiles. Nous avons consulté minutieusement tous les Recueils de lois, sans pouvoir le rencontrer. Les auteurs qui se sont occupés de cette question n'en disent pas un mot, *et nous ne croyons pas à son existence*[1]. »

Si M. Suin avait consulté le tome XXXVII de la Jurisprudence générale de M. Dalloz, 2e édit., au mot *Priviléges et hypothèques*, il y aurait vu, mentionné au n° 2846, cet Avis du Conseil d'État dont il conteste l'existence.

Toutefois le doute, et, plus que le doute, l'incrédulité manifestée, en termes si absolus, et sans aucune contradiction, par un jurisconsulte aussi exact et aussi instruit que M. Suin, m'a inquiété, et je me suis demandé si, en citant, de confiance, dans la Jurisprudence générale, cet Avis du Conseil d'État que je trouvais indiqué dans les Instructions de la Régie, je n'avais pas trop légèrement donné créance à l'existence d'un document apocryphe. Pour me tirer d'incertitude, il n'y avait qu'un moyen, c'était de recourir aux sources officielles. Je me suis, en conséquence, adressé à M. le ministre présidant le Conseil d'État, et je l'ai prié de vouloir bien faire rechercher, dans les archives du Conseil, le document contesté. Ce document existe bien, en effet, et en voici le texte officiel, qui m'a été obligeamment transmis par Son Excellence :

« Le Conseil d'État, qui, d'après le renvoi ordonné par Sa Majesté, a entendu le rapport fait, au nom des sections des finances et de législation, sur celui du ministre des finances, présentant la question de savoir si les inscriptions prises sur les immeubles affectés au cautionnement des conservateurs des hypothèques sont sujettes à être renouvelées dans les dix ans, conformément à l'article 2154 du Code Napoléon;

[1] *Monit.* du 19 mai 1866, p. 596.

Digitized by Google

« Vu :

« 1° La loi du 21 ventôse an VII, portant organisation de la conservation des hypothèques;

« 2° L'article 2154 susénoncé;

« 3° L'Avis du Conseil d'État, approuvé par Sa Majesté le 15 décembre 1807;

« Vu pareillement les observations du conseiller d'État, directeur général de l'enregistrement et des domaines;

« Considérant que les articles 7 et 8 de la loi du 21 ventôse an VII dispensaient, à la vérité, du renouvellement, *pendant toute la durée des fonctions des conservateurs des hypothèques et dix années après*, les inscriptions prises sur les immeubles affectés à leur cautionnement;

« Mais que l'Avis du Conseil d'État, approuvé par sa Majesté le 15 décembre 1807, a établi, d'une manière claire et précise, que l'article 2154 du Code Napoléon, qui ordonne le renouvellement des inscriptions dans les dix années de leur date, s'appliquait à toute espèce d'inscription, sans exception;

« Est d'avis que les inscriptions prises sur les immeubles affectés au cautionnement des conservateurs des hypothèques doivent être renouvelées dans les dix années de leur date. » (Projet d'Avis, adopté le 18 avril 1809, sur le rapport de M. le comte Jaubert, et inscrit sous le n° 20,580.)

Je n'aurais pas besoin de rappeler ici que les Avis du Conseil d'État, donnés en interprétation de la loi, sous le premier Empire, avaient eux-mêmes force de loi [1], si celui du 18 avril 1809 n'était destitué de toute force légale pour n'avoir pas été inséré au *Bulletin des lois*. Mais son autorité morale n'en est pas moins grande, et doit nous faire regarder comme certain que l'inscription dont il s'agit est, comme toute autre inscription, soumise au renouvellement décennal, et qu'il a été implicitement dérogé, sur ce point, à l'article 7 de la loi du 21 ventôse an VII par l'article 2154 du Code Napoléon [2].

Le Gouvernement, du reste, l'a toujours entendu ainsi; car, dans l'ordonnance du 14 juin 1829 que j'ai précédemment citée, et qui contient organisation de la conservation des hy-

[1] V. le Rép. de Merlin, v^is *Divorce*, sect. 4, § 10, et *Interprétation*, n° 3; la Jurispr. gén. de MM. Dalloz, 2e édit., v° *Lois*, n°s 62 et 63.

[2] Conf. M. Persil, Rég. hyp., sur l'article 2154, n° 2.

Digitized by Google

pothèques dans nos colonies de la Martinique, de la Guadeloupe et de la Guyane, il est dit, art. 40, « qu'immédiatement après la réception de son cautionnement, le conservateur sera tenu de prendre inscription sur les immeubles affectés à ce cautionnement, et *de la renouveler six mois avant l'expiration de chaque période de dix années* [3]... »

Mais quelle conséquence légale faudra-t-il attacher, soit au défaut d'inscription, soit au défaut de renouvellement? Ce sont là des questions à examiner.

M. Suin, dans son rapport au Sénat, fait très-justement remarquer que le cautionnement en immeubles, imposé au conservateur par la loi du 21 ventôse an VII, est « un cautionnement spécial, unique, *sui generis*, exigé au profit d'inconnus, pour des faits inconnus que les accidents de la gestion du préposé pourront révéler pendant et après cette gestion; et que, comme les intéressés futurs et éventuels n'existent pas encore aux yeux de la loi, et que, par conséquent, ils ne peuvent se protéger, c'est le tribunal de la situation des biens qui est chargé de recevoir le cautionnement, sur la discussion qu'en fera le procureur impérial. » Il ajoute que, « pour la prise d'inscription, » comme il n'existe pas de représentant des intéressés dont les droits ne sont pas encore nés et ne naîtront peut-être jamais, c'est le conservateur lui-même qui, aux termes de l'article 7, doit, avant d'entrer en fonctions, faire prendre cette inscription, à sa diligence et à ses frais; qu'on peut bien s'en rapporter à lui pour la prendre; mais qu'on ne le peut ni on ne le doit, s'il y a nécessité de la maintenir par le renouvellement : 1° parce que le grevé, ayant un intérêt contraire au renouvellement, ne peut être chargé de l'opérer; 2° et parce que, les intéressés éventuels, inconnus et sans droits encore nés, que la loi ne peut interpeller, étant sans qualité pour agir, il serait injuste de leur faire encourir une déchéance, contrairement à ce principe sacré : *contra non valentem agere non currit præscriptio.*

Je trouve que le raisonnement de M. Suin pèche en un point : il admet qu'on peut s'en rapporter au conservateur du soin de

[3] La même disposition est répétée dans l'ordonnance du 22 novembre 1829, portant organisation de la conservation des hypothèques à l'île Bourbon, art. 39.

Digitized by Google

prendre l'inscription; mais il déclare qu'on ne peut plus avoir en lui la même confiance, lorsqu'il s'agit de renouveler cette inscription. Mais, dans l'un comme dans l'autre cas, son intérêt est contraire; et il n'y a pas plus de raison de le dispenser de renouveler l'inscription qu'il n'y en a de l'obliger à la prendre. Je n'en conclurai donc pas, avec lui, qu'il faut considérer comme subsistante encore la disposition de l'article 7 de la loi de ventôse, malgré la disposition contraire de l'article 2154 du Code Napoléon; mais je dirai qu'au regard des parties intéressées, et par rapport à ses effets légaux, il est indifférent que l'inscription ait ou n'ait pas été prise; qu'elle ait été ou n'ait pas été renouvelée.

C'est l'opinion qui a été émise dans la Jurisprudence générale, au n° 1643. On y pose l'exemple suivant :

Pierre a été nommé conservateur des hypothèques le 1er janvier 1815. Il a fourni son cautionnement en immeubles, et pris inscription, comme la loi l'y oblige, le 1er février suivant. Cette inscription n'a pas été renouvelée, à l'expiration des dix années. — En 1829, il emprunte de Paul une somme de 10,000 francs, et lui hypothèque, avec désignation individuelle, tous ses biens. Paul prend inscription. — Ultérieurement le conservateur Pierre est poursuivi en garantie par Jacques et par Jean, dont les inscriptions ont été déclarées nulles, par suite d'irrégularités provenant de son fait, et il est condamné à payer à chacun d'eux une certaine somme, à titre d'indemnité. — Ses biens sont vendus, et à l'ordre se présentent : 1° Jacques et Jean, réclamant leur collocation, par préférence, sur les immeubles affectés au cautionnement; 2° Paul, qui conteste cette prétention, sur le fondement que l'inscription du 1er février 1815 est périmée.

« Comment, disais-je et répéterai-je ici, pourrait-on opposer à Jacques et à Jean une semblable péremption, puisque ce n'était point sur eux que pesait l'obligation du renouvellement? C'est *à la diligence du préposé*, dit l'article 7 de la loi de ventôse précitée, que doit être faite l'inscription : c'est donc aussi lui qui doit la renouveler. Mais, s'il était vrai que le défaut de renouvellement pût être opposable aux tiers, dont cette inscription a pour objet d'assurer le recours éventuel contre le conservateur, celui-ci deviendrait tout à fait le maître d'anéantir la garantie que la loi a stipulée de lui.

Digitized by Google

« Mais, objectera-t-on, comment feront ceux qui contractent avec le conservateur pour connaître que les immeubles, qu'il leur offre en hypothèque, sont affectés au cautionnement des tiers pour faits de charge, dès que l'état des inscriptions qu'ils se feront délivrer ne comprendra pas et ne devra pas comprendre des inscriptions remontant au delà de dix années?

« C'est un inconvénient auquel il eût été facile de parer, sans doute, en chargeant, non pas le conservateur de prendre et de renouveler l'inscription sur lui-même, formalité qu'il peut être porté à négliger, mais un fonctionnaire quelconque de la Régie de l'Enregistrement, l'inspecteur, par exemple, de veiller à ce que cette inscription fût faite et renouvelée, à chaque période décennale. Mais, en l'absence de toute disposition législative à cet égard, il nous paraît qu'on ne doit pas balancer à préférer les intérêts des tiers, auxquels ce cautionnement *est spécialement et exclusivement affecté*, à ceux de créanciers ordinaires, d'autant que ces derniers auraient pu s'assurer, avant de traiter, surtout si le conservateur était encore en fonctions, si les immeubles qu'il leur offrait en hypothèque ne servaient pas à son cautionnement... »

Les mêmes raisons, si l'inscription n'avait pas été prise, s'appliqueraient à l'absence de l'inscription elle-même.

On peut conclure de là, si cette opinion est fondée, que la disposition législative, qui prescrit l'inscription sur les immeubles formant le cautionnement du conservateur, n'est, en réalité, qu'une mesure d'ordre, se rattachant au système de publicité des priviléges et hypothèques; une mesure dont l'objet est d'avertir les tiers, mais dont l'omission, par les raisons que j'ai données, ne saurait préjudicier aux parties intéressées.

L'administration de l'Enregistrement, du reste, a pris toutes les précautions nécessaires pour que cette disposition ne fût pas une lettre morte, et que la négligence intéressée du conservateur ne prévalût pas sur la volonté de la loi. L'Instruction générale du 8 août 1809 enjoint aux directeurs de département de tenir un sommier des cautionnements, pour s'assurer qu'ils ont été fournis et que l'inscription a été prise. Elle charge spécialement les inspecteurs et les vérificateurs d'informer le directeur des irrégularités qu'ils auraient relevées, pour qu'il puisse en référer à l'administration sur les mesures à prendre.

Digitized by Google

Elle appelle particulièrement leur attention sur le renouvellement décennal, lequel doit avoir lieu, pour les conservateurs en fonctions, six mois au moins avant l'expiration des dix années. Et, quant aux conservateurs hors de fonctions, dont le cautionnement, comme on l'a vu, continue d'être affecté, pendant dix ans, à la garantie des erreurs ou omissions qu'ils auraient pu commettre pendant la durée de leur exercice, comme on a trouvé des inconvénients à attendre, pour renouveler l'inscription, les six derniers mois du délai décennal, l'obligation de ce renouvellement pouvant être perdue de vue, soit par le successeur de l'ancien conservateur, soit par le conservateur de la situation des biens, une Instruction du 13 mars 1833, n° 1420, a déclaré qu'à l'avenir, l'inscription serait renouvelée dans les trois mois de la cessation des fonctions du conservateur, quelle que fût la date de l'inscription.

Il resterait à déterminer quelle est la nature du droit qui appartient aux parties lésées sur le cautionnement dont il vient d'être parlé. Est-ce un privilége, ou une hypothèque légale, à l'instar de celle que l'article 6 de la loi du 5 septembre 1807 et l'article 2121 du Code Napoléon accordent au Trésor public sur les biens des comptables?

La question n'a pas d'intérêt pratique; car, hypothèque ou privilége, dès que les immeubles formant ce cautionnement sont, ainsi que le déclare l'article 8 de la loi du 21 ventôse an VII, *spécialement et exclusivement affectés à la responsabilité du conservateur*, pour les erreurs et omissions qu'il peut commettre, il est certain que les parties lésées par ces erreurs ou omissions, alors même, comme on l'a vu, qu'il n'aurait pas été pris d'inscription, ou que l'inscription prise n'aurait pas été renouvelée en temps utile, doivent être payées, sur le prix de ces immeubles, avant tous autres créanciers, hypothécaires ou non, postérieurs à la dation du cautionnement.

Mais, pour résoudre la question en principe, il me semblerait difficile de refuser au droit dont il s'agit la qualité de privilége, le privilége étant défini, par l'article 2095 du Code Napoléon, « un droit que la qualité de la créance donne à un créancier d'être préféré aux autres créanciers, même hypothécaires. » L'article 2102, n° 7, fournit, pour cette solution, une raison d'analogie déterminante : il qualifie de *créances*

Digitized by Google

privilégiées « les créances résultant d'abus et prévarications commis par les fonctionnaires publics, dans l'exercice de leurs fonctions, sur les fonds de leur cautionnement et sur les intérêts qui en peuvent être dus. » Seulement, au cas de l'article 2102, n° 7, le privilége s'exerce sur des *meubles*, tandis que, pour les erreurs ou omissions commises par les conservateurs au préjudice des particuliers, il s'exerce sur des *immeubles*. FLANDIN.

DES CAS DANS LESQUELS

LA TIERCE OPPOSITION EST UNE VOIE DE PROCÉDURE NÉCESSAIRE.

Par M. V. Cardot, substitut du procureur impérial à Dijon.

De toutes les voies de procédure tant ordinaires qu'extraordinaires, la tierce opposition est celle qu'il est le plus difficile de définir. Est-elle donnée contre les jugements ou contre leur exécution? Conduit-elle à une rétractation, à une réformation, à une interprétation de jugement, ou bien à quelque chose qui ne soit rien de tout cela? Est-elle toujours facultative ou toujours obligatoire, ou facultative dans certains cas et obligatoire dans certains autres? Dans quels cas est-elle obligatoire et à quel principe faut-il s'attacher pour déterminer ces cas? Ce sont là des questions ardues, à propos desquelles les dissidences sont nombreuses, plus encore parmi les auteurs que parmi les arrêts. Qu'il me suffise de dire que Merlin, Proudhon et Boitard soutiennent des systèmes différents [1], et qu'ainsi le problème mérite d'être signalé à l'attention des jurisconsultes.

Aux termes de l'article 1351 du Code Napoléon, l'autorité de la chose jugée n'a lieu qu'à l'égard de ce qui fait l'objet du jugement. Il faut que la chose demandée soit la même, que la

[1] Merlin, *Répertoire*, v° *Opposition* (*tierce*), § 6; v° *Chose jugée*, § 2, et *Questions de droit*, au mot *Chose jugée*, § 11. — Proudhon, *Usufruit*, t. II, n° 1266. — Sirey, t. XLV, Ire partie, p. 34, en note. — Boitard, *Leçons de procédure*, t. II, n°s 720, 725 et 726. — Dallos, *Répertoire*, v° *Tierce opposition*, n°s 6 et suiv.

Digitized by Google

demande soit fondée sur la même cause et entre les mêmes parties procédant dans la même qualité. Ainsi trois identités, celles d'objet, de cause et de personne sont indispensables pour que l'autorité de la chose jugée se produise. Que si les deux premières identités se rencontrent sans la troisième, nous nous trouverons en présence d'un procès déjà jugé, quoique vis-à-vis d'autres personnes, et nous serons bien obligé d'admettre qu'il peut être recommencé. Pourtant une décision contraire à celle qui a été rendue peut intervenir, et alors une sorte de scandale judiciaire se produire. Si la matière est indivisible, comment arrivera-t-on à faire que ces deux décisions contraires s'exécutent simultanément et comment sortira-t-on d'une difficulté qui tient aux principes et à la force des choses? Je suppose, par exemple, que deux copropriétaires d'une même maison prétendent avoir un droit de vue sur un jardin voisin de cette maison, et que le propriétaire du jardin succombe vis-à-vis de l'un et triomphe vis-à-vis de l'autre. Comment fera-t-on? Quel sera le remède au mal que je signale? La tierce opposition est-elle ce remède? Je le crois, et, synthétisant les idées qui vont être développées, je pose en thèse que cette voie est donnée à ceux qui, n'ayant été ni parties ni représentés dans une instance, ont intérêt à faire juger le contraire de ce qu'a décidé une sentence inattaquable par les voies ordinaires de recours contre les jugements et arrêts. Toutes les fois donc qu'une demande jugée et une autre demande qui ne l'est pas auront un même objet et seront fondées sur une même cause, il y aura nécessité pour le second plaideur de recourir à la tierce opposition. Avant de justifier ce principe, je tiens à le suivre dans ses applications.

1° J'ai parlé de l'une d'elles quand j'ai fait allusion à la possibilité de deux jugements contraires, relatifs à une même servitude de vue revendiquée successivement par deux copropriétaires d'un même fonds dominant, ou prétendu tel. L'hypothèse inverse peut se présenter. Je suppose donc qu'un même fonds A appartient par indivis à Primus et à Secundus, et que ce fonds, en nature de jardin, avoisine une maison appartenant à Tertius. Tertius fait juger contre Primus que sa maison a un droit de vue sur le fonds A; Secundus, qui n'a pas été partie au procès, prétend faire juger le contraire. Il s'agit d'un même objet, et la revendication de Tertius se fonde sur la même

Digitized by Google

cause. Faudra-t-il que Secundus ait recours à la voie de la tierce opposition [1]? Je le crois, et je crois également que, s'il triomphe au fond, le premier jugement sera rétracté, même au regard de Primus, pour toute la partie du dispositif de ce jugement dont l'exécution est indivisible. Les frais auxquels Primus a été condamné resteront, malgré cette rétractation, à sa charge personnelle, parce que le payement d'une somme d'argent peut avoir lieu par l'un sans avoir lieu par l'autre. Mais la servitude de vue existera même au profit de Primus, parce qu'elle ne peut exister au profit de Secundus sans exister également à son profit. La rétractation n'aura lieu que *parte in qua*.

Ai-je besoin d'ajouter que ce que je viens de dire n'est pas spécial à la servitude de vue, mais s'étend en principe à toutes les servitudes réelles?

2° Un arrêt a été rendu par la Cour de cassation dans l'hypothèse suivante :

Le créancier d'un entrepreneur de travaux publics avait pratiqué une saisie-arrêt sur les sommes dues à cet entrepreneur par l'État, pour le compte duquel avaient eu lieu les travaux. Ce créancier avait obtenu un jugement qui validait sa saisie-arrêt et ordonnait que les sommes saisies seraient, jusqu'à due concurrence, versées entre ses mains. En cet état, un autre créancier, que sa qualité d'ouvrier du même entrepreneur, pour les travaux dont il s'agissait, plaçait dans une situation privilégiée, éleva la prétention d'être payé sur les sommes frappées de saisies avant le créancier saisissant. Cette prétention fut déclarée non recevable parce qu'il n'avait pas eu recours à la voie de la tierce opposition [2].

Cet arrêt est une autorité considérable à l'appui de l'opinion que je voudrais faire triompher. Le créancier saisissant, dont il a été ci-dessus question, avait fait juger que la saisie par lui pratiquée était valable parce qu'il lui était dû réellement en vertu d'une telle cause, une somme déterminée, et, de plus, avait obtenu, par le dispositif du jugement intervenu, une adjudication à son profit des sommes par lui saisies. L'ouvrier,

[1] Pothier, *Traité des obligations*, partie IV, chap. 3, art. 5, n° 59 de la section qui est relative à l'autorité de la chose jugée.

[2] Req. 24 avril 1844 ; Sirey, 1845, Ire partie, p. 33. — Dalloz, *Répertoire*, v° *Tierce opposition*, n° 15, et v° *Saisie-Arrêt*, n° 257.

Digitized by Google

dont la créance était privilégiée, prétendait faire juger le contraire de ce qu'avait décidé une sentence inattaquable par les voies ordinaires. L'objet était le même, et la cause, invoquée à l'appui de sa demande par le créancier saisissant, restait la même aussi : d'un autre côté, il était impossible que la première décision et une seconde décision, supposée contraire, fussent exécutées simultanément; la matière était donc indivisible. Aussi a-t-il été décidé que la tierce opposition était nécessaire, et, si cette voie avait été employée, nul doute que, jugée juste au fond, elle n'eût amené une rétractation *parte in qua* de la sentence rendue au profit du créancier porteur du jugement de validité rendu en sa faveur.

3° Un autre arrêt, dont la doctrine est la même, a été rendu dans des circonstances qu'il est utile de faire connaître.

Une dame Rossignol était créancière hypothécaire d'une dame Despelles. Cette dernière avait des reprises à exercer contre la succession de son mari; elle mourut sans les avoir exercées. C'est alors que la dame Rossignol forma une demande en partage de la succession du sieur Henri Reuillon, le mari de la dame Despelles : elle conclut à ce que, dans le cas où les biens seraient déclarés partageables, il fût fait un prélèvement en immeubles de 2,948 francs, montant des reprises dont il a été ci-dessus parlé, et, dans le cas où les biens seraient licités, à ce que la succession de la dame Despelles prélevât cette somme qui serait versée entre ses mains jusqu'à concurrence du montant de sa créance. Ces conclusions furent adoptées par un jugement de première instance, confirmé par arrêt de la Cour de Bourges du 28 août 1816, qui ordonna, entre autres choses, la division de la succession du sieur Henri Reuillon entre ses deux héritiers, Eustache et François Reuillon, et le prélèvement en immeubles demandé par la dame Rossignol. Le partage eut lieu en exécution de cet arrêt, mais il ne fut pas question de prélèvement.

Cependant, et vers la fin de 1816, François Reuillon vendit une partie des immeubles qui lui étaient échus. Cette vente donna lieu à une surenchère, puis à un ordre. A cet ordre, la dame Rossignol fut colloquée pour 2,948 francs, montant des reprises matrimoniales de la dame Despelles, ainsi que pour les frais des diverses instances qu'elle avait suivies pour parvenir au partage ordonné par l'arrêt du 28 août 1816. Les

Digitized by Google

sieurs Camus et Lepère, autres créanciers hypothécaires de la dame Despelles, contestèrent cette collocation, et, comme leurs hypothèques sur la dame Despelles avaient été inscrites à une époque antérieure à celle de la dame Rossignol, ils demandèrent à être colloqués, de préférence à cette dernière, jusqu'à concurrence du montant des reprises revenant à leur débitrice, se réservant d'attaquer toutes décisions qui pourraient avoir été rendues hors de leur présence et d'agir contre tous héritiers ou possesseurs des biens de la dame Despelles. Leurs prétentions furent admises par un jugement du 22 juin 1821, qui les colloqua en premier ordre sur le prix à distribuer. Il y eut appel de la part de la dame Rossignol, et, sur cet appel, la Cour de Bourges statua par un arrêt ainsi conçu :

La Cour : — « Considérant que Jeanne Despelles, créancière de la succession du sieur Henri Reuillon, son mari, pour ses reprises matrimoniales, avait hypothèque sur tous les biens qui avaient appartenu à son mari; que cette hypothèque frappait sur chaque partie de ces biens et qu'elle avait droit de réclamer sur chacune d'elles la totalité de sa créance; que l'action qu'elle pouvait exercer a passé à ses créanciers; qu'ainsi la veuve Rossignol, qui la représentait, a pu exiger de Jean-François Reuillon, ou de ceux qui possèdent la portion qu'il a eue dans la succession de Henri, son père, la somme totale que cette succession devait à Jeanne Despelles, sauf à eux à s'entendre avec Eustache Reuillon, dont la part était également grevée;

« Considérant que Jeanne Despelles n'était pas propriétaire des biens qui avaient appartenu à son mari; qu'elle n'avait pas le *jus in re;* que seulement, en sa qualité de créancière pour ses reprises, elle avait une hypothèque particulière, *jus ad rem;* que ce n'est pas en vertu de leurs hypothèques que ses créanciers viennent réclamer le montant de ses reprises, mais comme usant de la faculté que la loi lui attribuait pour en obtenir le payement; que tous, se trouvant placés sur la même ligne, ne peuvent avoir des droits différents, et que, le montant de sa collocation ne suffisant pas pour les désintéresser tous, il devait être distribué par contribution entre eux comme chose mobilière (778 C. proc. civ.);

« Qu'en vain les intimés objectent que la dame Rossignol avait demandé le prélèvement en nature dans le cas où les

Digitized by Google

immeubles de la succession Henri Reuillon seraient partageables; que des décisions souveraines, relativement à elle, l'ont ainsi réglé; que, ces immeubles ayant été réellement divisés, il ne s'agit pas d'une chose mobilière, mais d'un immeuble à raison duquel il faut suivre l'ordre établi par l'article 2166 du Code Napoléon;

« Considérant qu'en quelques termes qu'eût été conçue la demande formée par la dame Rossignol, quelle qu'ait été la décision rendue par les tribunaux lorsque, n'ayant point de contradicteurs, la dame Rossignol a dû obtenir d'eux tout ce qu'elle demandait, ni les conclusions par elle prises, ni les décisions des tribunaux qui les ont adjugées ne peuvent changer la nature du droit qu'avait la dame Rossignol, ni transformer en immeuble ce qui est essentiellement mobilier; qu'en examinant le droit de la dame Despelles, exercé par la dame Rossignol, on voit qu'il se réduisait à demander le payement d'une créance; que ce recouvrement opéré n'a placé dans sa succession qu'une somme mobilière à laquelle tous ses créanciers ont un droit égal, suivant leurs titres respectifs;

« Mais la dame Rossignol fait une objection contre ce principe général; elle excipe du jugement de Château-Chinon, rendu le 16 mars 1815, de l'arrêt de la Cour, qui l'a confirmé le 28 août 1816, et qui lui accorde le prélèvement de la somme entière de 2,948 francs; elle prétend qu'il y a ici chose jugée et que les efforts de ses adversaires viennent se briser contre cet obstacle insurmontable;

« Considérant que ces décisions souveraines ont réellement attribué à la dame Rossignol les 2,948 francs qu'elle réclame; qu'à la vérité ces décisions rendues sans que les intimés fussent en cause pouvaient être attaquées par eux; *qu'ils avaient la voie de la tierce opposition; mais que, n'en ayant pas usé, les juges de Château-Chinon n'ont pu, dans le jugement dont est appel, anéantir un de leurs précédents jugements confirmé par un arrêt de la Cour, tant que ces décisions n'étaient pas légalement attaquées;* qu'en vain les intimés objectent qu'il a été jugé par la Cour de cassation que la tierce opposition n'était pas toujours nécessaire pour écarter des jugements dans lesquels on n'a pas été partie;

« Considérant que, si de telles décisions existaient réellement, c'est que les jugements auraient été détruits, ou sur un

Digitized by Google

appel, ou sur une opposition, ou d'après une autre voie quelconque; mais qu'il est impossible que deux décisions souveraines, donnant la même chose à deux individus ayant des intérêts opposés, subsistent simultanément; que, dans l'espèce actuelle, le tribunal de Château-Chinon a réformé et détruit par le fait un arrêt de la Cour dont l'existence n'est pas attaquée; que, si la Cour confirmait ce jugement, il se trouverait deux décisions émanées d'elle, l'une et l'autre en pleine vigueur, et tout à fait contradictoires, puisque la dernière enlèverait à la dame Rossignol tout ou partie de ce que la première lui a attribué; *d'où il suit qu'à défaut par les intimés d'avoir employé les moyens que la loi leur offrait pour écarter des jugements dans lesquels ils n'étaient pas partie, ces jugements conservent toute leur force et doivent recevoir leur exécution.* »

Du 18 mai 1822; Cour de Bourges, deuxième chambre [1].

4° Je cite encore un arrêt de la Cour de cassation en date du 17 juin 1863. Voici cet arrêt et à la suite de quels faits il est intervenu :

Le 3 juin 1846, les époux Zermati vendirent aux sieurs Morosolli un terrain à bâtir, situé à Alger, moyennant une rente de 2,600 francs, au capital de 26,000 francs, à la charge par les acquéreurs d'élever sur ce terrain des constructions pour 10,000 francs au moins. Cette dernière condition fut accomplie; il n'en fut pas de même de la première. Aussi y eut-il saisie pratiquée et, à la suite de cette saisie, adjudication tranchée au profit d'un sieur Sénès, moyennant une somme de 31,000 francs.

Sénès n'acquitta pas les obligations qu'il s'était imposées, ou, du moins, les époux Zermati le prétendirent, et, à l'appui de leurs prétentions, ces derniers produisirent le certificat dont parle l'article 734 du Code de procédure civile. Sénès résista à l'action des Zermati en disant qu'il s'agissait d'une folle enchère poursuivie postérieurement à la délivrance du jugement d'adjudication, qu'ainsi l'article 735 du Code de procédure civile était seul applicable. L'application de ce dernier texte rendait non recevable la poursuite de folle enchère, car

[1] Cet arrêt est rapporté dans le Répertoire de Dalloz, en note, sous le n° 15 de l'article qui est relatif à la tierce opposition.

Digitized by Google

il n'y avait pas eu signification avec commandement d'un ou de plusieurs bordereaux de collocation. Sénès succomba dans ses prétentions ; il y eut jugement [1], puis arrêt. Cet arrêt, rendu le 21 janvier 1852, ne fut pas attaqué par voie de recours en cassation. Il y eut revente [2] sur folle enchère, et les adjudicataires nouveaux furent les sieurs Zermati. Le prix de la nouvelle adjudication fut de 12,500 francs seulement.

Les choses étaient en cet état lorsque, le 7 mars 1859, le sieur Rabeu Zermati, représentant des époux Zermati, forma contre le sieur Antoine Morosolli, l'un des acquéreurs de 1846, exproprié plus tard, une demande en payement de la somme formant la différence entre le capital de 26,000 francs, prix de la vente de 1846, et celui de 12,500 francs, prix de l'adjudication tranchée à la suite de la folle enchère, ainsi que des intérêts de cette différence pendant neuf années. Le sieur Morosolli, qui n'avait pas été partie à l'incident relatif à la nullité de la poursuite de folle enchère, forma tierce opposition à l'arrêt qui avait rejeté cette nullité. La Cour d'Alger statua, par nouvel arrêt du 30 avril 1862, dans les termes suivants :

« Considérant qu'il s'agit de savoir : 1° si la tierce opposition est recevable; 2° si elle est fondée ; 3° et, dans le cas de l'affirmative sur ces deux questions, quelles seront les suites de ladite tierce opposition;

« Sur la première question :

« Considérant que Morosolli avait intérêt dans la contestation sur laquelle ont statué le jugement du 19 novembre 1851 et l'arrêt du 21 janvier 1852; que, si le moindre doute pouvait exister à cet égard, il disparaîtrait devant la réclamation à laquelle le tiers opposant a en ce moment à répondre; qu'il est évident que, si la poursuite en folle enchère avait été écartée et l'adjudication au profit de Sénès maintenue, cette réclamation serait dénuée de toute espèce de fondement; qu'il est tout aussi évident que Morosolli avait intérêt encore à ce que la poursuite en folle enchère ne fût admise qu'après l'accomplissement de toutes les formalités imposées, lesquelles étaient

[1] Ce jugement fut rendu à la date du 19 novembre 1851.

[2] Cette revente eut lieu à la date du 25 février 1852. Deux jugements furent rendus cedit jour, l'un qui contint adjudication, l'autre qui statua sur un moyen dilatoire.

Digitized by Google

de nature à lui garantir que le prix de l'adjudication répondrait à la valeur de l'immeuble qui en était l'objet; qu'il est de toute certitude ainsi que Morosolli avait, en vertu de l'acte de vente du 3 juin 1846, intérêt personnel distinct, et par conséquent exclusif de toute représentation, pour être compris dans l'instance et former tierce opposition;

« Considérant qu'en admettant même qu'il n'y ait pas eu pour Morosolli un intérêt distinct et qu'il ait pu être représenté, on ne saurait lui refuser encore le droit de se pourvoir par tierce opposition; qu'il est de principe, en effet, dans le droit nouveau, comme il l'était dans le droit ancien, que la représentation en matière indivisible de l'un des intéressés par son coïntéressé n'est pas absolue à tel point que la chose jugée contre l'un ait une autorité irrévocable à l'égard de l'autre; qu'il s'ensuit que, sous l'empire de la loi nouvelle comme de la loi ancienne, le coïntéressé, même en matière indivisible, a qualité et droit pour se pourvoir contre le jugement rendu avec l'un d'eux, non-seulement par la voie de l'appel, mais encore par la voie de la tierce opposition; qu'il s'ensuit que Morosolli se trouve dans le cas prévu par l'article 474 du Code de procédure civile, et qu'il est recevable, aux termes de cette disposition, à former tierce opposition à l'arrêt du 21 janvier 1852; qu'il s'ensuit encore que, quel que soit le point de vue sous lequel on envisage sa position, elle lui donnait le droit de figurer en appel comme en première instance, et de former tierce opposition dans le cas où ce droit aurait été méconnu, comme en réalité il l'a été;

« Sur la deuxième question :

« Considérant qu'il est retenu au jugement du 19 novembre 1851, et nullement démenti par aucun document du procès, que, lors de ce jugement, remise avait été faite à Sénès du jugement d'adjudication; que le fait de la remise de ce jugement, dès le 11 novembre 1848, ressort des propres dires de Zermati; qu'il est constant également au procès qu'immédiatement après la production de ce jugement par Sénès, un ordre a été ouvert pour la distribution du prix de l'adjudication;

« Considérant que, dans cette situation, ce n'était plus sur la simple production du certificat du greffier que la folle enchère pouvait être poursuivie; qu'il fallait, aux termes de

Digitized by Google

l'article 735 du Code de procédure civile, la production de la signification faite trois jours auparavant du bordereau de collocation avec commandement;

« Considérant, au surplus, que les dispositions des articles 734 et 735 du Code de procédure ne sauraient être séparées des dispositions des articles 713 et 714 du même Code; qu'elles forment un ensemble coordonné dans toutes ses parties, et dont aucune ne peut être reprise isolément sans danger de méconnaître la pensée générale qui les a dictées; qu'ainsi, aux termes de l'article 713, la délivrance du jugement d'adjudication présuppose l'acquittement par l'adjudicataire des frais ordinaires de poursuite et l'accomplissement de toutes les conditions du cahier des charges qui doivent être exécutées avant sa délivrance; qu'à son tour l'ouverture de l'ordre présuppose, aux termes de l'article 749, la signification du jugement d'adjudication, s'il n'est pas attaqué, et, dans le cas de l'appel, la signification de l'arrêt confirmatif; qu'en s'arrêtant à l'ensemble de ces dispositions, il devient de toute évidence que deux phases sont ouvertes à la poursuite de folle enchère et que, nées dans des circonstances différentes, chacune est réglée par d'autres conditions; que, dans la première de ces phases, qui dure tant que la délivrance du jugement d'adjudication n'a pas été faite à l'adjudicataire, où, d'un côté, celui-ci n'a pas donné des garanties suffisantes que la pensée d'acquérir exprimée au milieu du feu des enchères ait été sérieuse en lui, où, de l'autre côté, l'attention publique reste encore fixée sur l'objet de cette adjudication, le certificat du greffier suffit pour que la poursuite en folle enchère puisse se continuer; que, dans la deuxième phase, qui s'ouvre au moment de la délivrance du jugement d'adjudication, où, d'un côté, l'accomplissement, par l'adjudicataire, des conditions rigoureuses qui lui sont imposées, a donné des gages certains de la persistance de sa volonté, et où, de l'autre, la curiosité des acheteurs s'est, par suite du temps écoulé, détournée de l'adjudication, ce qui est demandé, c'est la signification faite, trois jours auparavant, du bordereau de collocation avec commandement;

« Considérant que cette condition est imposée dans la deuxième phase, comme celle de la production du certificat du greffier l'est dans la première, à peine de nullité; que c'est ce

Digitized by Google

qui résulte des termes de l'article 739 du Code de procédure civile;

« Considérant que, dans les deux cas, le législateur s'exprime en termes absolus qui n'admettent pas d'exceptions et par conséquent pas d'équivalents; que la matière est rigoureuse; que toutes les conditions exigées en ce qui concerne la poursuite en saisie immobilière sont de droit étroit et qu'il ne saurait y être suppléé; que c'est avec raison, au surplus, que le législateur a pensé que, quand il s'agit de dépouiller le propriétaire, soit de son héritage, soit de la chose qu'il a créée par son travail ou son industrie, trop de précautions ne peuvent être prises pour lui en assurer autant que possible la valeur; que, s'il fallait des preuves à cet égard, les faits de la cause et les étranges conséquences du système contraire se chargeraient de les fournir; que c'est vainement dès lors que Zermati oppose les deux jugements rendus en faveur de ses auteurs, les 8 juillet 1848 et 1er mai 1851, et desquels il veut faire sortir dispense de la condition imposée par l'article 735 du Code de procédure civile; qu'il n'existe d'abord, dans ces jugements, aucune dispense formellement écrite, et que toute exemption d'une condition rigoureusement imposée ne saurait être présumée, surtout lorsqu'il s'agit d'une violation formelle de la loi; que les conditions favorables, qui, par ces deux jugements, sont accordées aux époux Zermati, n'ont d'ailleurs rien qui ne puisse se concilier avec l'existence des conditions toutes spéciales qu'exige la disposition déjà citée; qu'au surplus, les époux Zermati ont eux-mêmes compris la loi dans ce sens, puisque, lors du jugement du 19 novembre 1851, ils n'ont pas invoqué les deux jugements prémentionnés et qu'ils se sont bornés à produire le certificat du greffier; que c'est vainement encore que l'on invoquerait les dispositions de la loi spéciale qui permet aux tribunaux de l'Algérie de ne point s'arrêter aux nullités dont peuvent être entachés les actes de procédure; que les formalités, dont l'absence entraîne nullité aux termes de l'article 739, sont substantielles; que les circonstances de la cause n'auraient pas été d'ailleurs de nature à autoriser cette faculté, si elle avait existé; que peu importe d'ailleurs que l'arrêt du 21 janvier ait été signifié à Sénès; que celui-ci n'était, ni aux termes de la loi, ni selon la convention, le représentant de Morosolli; que leurs intérêts étaient distincts; que

Digitized by Google

l'intérêt de Morosolli au maintien de la première adjudication est incontestable, tandis que celui de Sénès pouvait être douteux ;

« Considérant que de ce qui précède il résulte que la tierce opposition est, non-seulement recevable, mais fondée;

« En ce qui concerne la troisième question :

« Considérant que de ce qui précède il résulte que l'arrêt du 21 janvier doit être rétracté, non-seulement quant aux frères Morosolli, mais en ce qui touche Sénès; *que, si, en principe, le bien fondé de la tierce opposition, comme de tout autre pourvoi, n'opère la rétractation de la décision contre laquelle elle est dirigée qu'en ce qui touche le droit et l'intérêt personnel de l'opposant, il ne saurait en être ainsi quand il y a indivisibilité dans l'objet;* que l'indivisibilité est de toute évidence; qu'elle ressort de l'impossibilité absolue d'exécuter, et le premier arrêt qui valide la folle enchère, et le présent arrêt qui l'annule; que l'on ne saurait admettre que Zermati soit propriétaire vis-à-vis de Sénès, quand celui-ci se trouvait dans les mêmes conditions vis-à-vis des frères Morosolli; que le droit de pleine et entière propriété chez l'un est exclusif d'un tel droit chez l'autre; que deux faits qui se repoussent l'un l'autre sont incompatibles et ne sauraient exister simultanément; que, sans que pour cela une démonstration soit nécessaire, il est manifeste qu'il y a pleine et entière incompatibilité entre deux décisions rendues sur un même objet, et dont l'une donne lieu contre Morosolli à la répétition d'une dette de 31,590 francs, et dont l'autre, non-seulement le rend quitte, mais crée en sa faveur le droit de réclamer la différence qui existe entre la somme de 31,000 francs, prix de l'adjudication tranchée au profit du sieur Sénès, et la somme de 26,000 francs qui représente le capital de la rente stipulée au contrat du 3 juin 1846; que, de l'indivisibilité dans l'objet et de l'incompatibilité entre l'arrêt du 21 janvier 1852 et l'arrêt reconnaissant le bien fondé de la tierce opposition, résulte la nécessité de *rétracter* dans toutes ses parties, *non-seulement à l'égard de Morosolli, mais à l'égard de Sénès*, ledit arrêt du 21 janvier 1852; qu'il s'ensuit : 1° que Sénès est en ce moment encore adjudicataire de l'immeuble qui fait l'objet du procès, avec tous les droits et toutes les obligations qui dérivent de cette adjudication; 2° que, tant que cette situation n'aura pas été

Digitized by Google

modifiée, les frères Morosolli seront à l'abri de toutes poursuites de la part des créanciers de Zermati;

« En ce qui concerne les appels des deux jugements du 25 février 1852, et statuant, l'un sur l'incident de folle enchère, et l'autre prononçant l'adjudication au profit des époux Zermati :

« Considérant que ces deux jugements ont été rendus sous l'empire de l'arrêt du 21 janvier 1852; que les solutions qu'ils consacrent se présentent comme les conséquences de la décision à rétracter;

« Considérant que la tierce opposition embrasse, non-seulement la décision contre laquelle elle est spécialement dirigée, mais encore les décisions qui en sont les suites nécessaires; que la cause, en effet, ne saurait disparaître sans entraîner avec elle tous ses effets; que, sans qu'il soit besoin de rechercher si ces appels sont recevables, il y a lieu de rétracter également ces deux décisions;

« Par ces motifs, déclare recevable et fondée la tierce opposition formée par Morosolli envers l'arrêt du 21 janvier 1852; rétracte cet arrêt, ainsi que les deux jugements du 25 février 1852, et, statuant par décision nouvelle, dit que les poursuites en folle enchère de Zermati avaient lieu sans titre suffisant et qu'elles étaient irrégulières; prononce en conséquence la nullité de tout ce qui a suivi et notamment de l'adjudication du 25 février 1852. »

Il y eut pourvoi en cassation de la part du sieur Zermati. Le pourvoi fut rejeté par l'arrêt que je vais rapporter :

« La Cour; — Sur la première branche du moyen unique du pourvoi :

« Attendu que, si le saisi, qui a reçu les sommations prescrites par la loi, est censé avoir été présent dans tout le cours de l'instance en expropriation forcée, et si, par cela même, il ne peut être admis à former tierce opposition aux jugements et arrêts rendus dans les diverses phases de la poursuite, ce principe n'est applicable que lorsque la procédure suit son cours régulier et sa marche normale;

« Mais attendu qu'il n'en a point été ainsi dans la cause actuelle; qu'en effet, il résulte de l'arrêt attaqué que, les époux Zermati ayant fait sommation aux sieurs Morosolli, parties saisies, d'assister à la vente qui était fixée au 12 novem-

Digitized by Google

bre 1851, l'adjudication n'eut pas lieu au jour indiqué;

« Attendu que, le 27 octobre 1851, le sieur Sénès introduisit contre les époux Zermati une demande en nullité de la folle enchère; que les sieurs Morosolli ne furent avertis par aucune sommation de cet incident, dans lequel leurs intérêts se trouvaient si manifestement engagés; qu'ils demeurèrent complétement étrangers à l'arrêt du 21 janvier 1852, lequel, en rejetant la demande en nullité formée par Sénès, déclara la poursuite de folle enchère valable;

« Attendu que, l'intérêt d'Antoine Morosolli à obtenir la rétractation de cet arrêt étant constant et reconnu par le demandeur lui-même, il en résulte que la voie de la tierce opposition lui était incontestablement ouverte;

« Sur la deuxième branche du moyen :

« Attendu que le demandeur en cassation soutient qu'Antoine Morosolli était sans qualité pour former tierce opposition, par la raison que, si l'arrêt du 21 janvier 1852 avait préjudicié à ses *intérêts*, il n'avait porté aucune atteinte à ses *droits;*

« Attendu que la loi ne protége les *droits* qu'en raison des intérêts qu'ils représentent, ou qui y sont attachés; que la distinction subtile invoquée par le pourvoi ne trouve point sa consécration dans la loi; que, dans l'espèce d'ailleurs, il est certain, en fait, que l'acte du 3 juin 1846 créait pour Morosolli des *droits* et des intérêts distincts de ceux qui lui appartenaient comme partie saisie; qu'il avait dès lors qualité pour former tierce opposition envers l'arrêt du 21 janvier 1852;

« Sur la troisième branche :

« Attendu que le pourvoi reproche à l'arrêt attaqué d'avoir violé l'article 735 du Code de procédure civile, en décidant que les époux Zermati n'avaient pu poursuivre la folle enchère qu'après la signification du bordereau de collocation;

« Attendu, au contraire, que cette décision est fondée sur la saine entente de la loi en cette matière; qu'en effet, d'après l'article 734 du Code de procédure civile, si la folle enchère est poursuivie avant la délivrance du jugement d'adjudication, le poursuivant est tenu de se munir d'un certificat du greffier constatant que l'adjudicataire n'a point justifié de l'acquit des conditions exigibles de l'adjudication;

« Attendu que, si la folle enchère est poursuivie après la délivrance du jugement d'adjudication, le poursuivant doit

Digitized by Google

signifier au fol enchérisseur son bordereau de collocation avec commandement;

« Attendu qu'il est reconnu par le demandeur que le jugement d'adjudication avait été délivré à Sénès, adjudicataire; d'où il résulte que les parties se trouvaient dans la seconde phase de la procédure, régie par l'article 735 du Code de procédure, et que la signification du bordereau de collocation avec commandement était un préalable nécessaire à la poursutite de folle enchère;

« Attendu que les époux Zermati avaient été colloqués dans l'ordre provisoire; que cette collocation fut maintenue par le jugement du 1er mai 1851, sauf en ce qui concerne les arrérages échus de la rente constituée par l'acte du 3 juin 1846 que Sénès justifierait avoir payés;

« Attendu qu'aucune justification n'ayant été faite par celui-ci, les époux Zermati étaient en droit de demander la délivrance de leur bordereau de collocation et que rien ne pouvait les affranchir de l'accomplissement de la formalité prescrite par l'article 785 du Code de procédure;

« Sur la quatrième branche :

« Attendu qu'il est de principe que les décisions, qui ne sont que la conséquence ou l'exécution d'un arrêt annulé ou rétracté, tombent avec l'arrêt lui-même, sans qu'il y ait à rechercher si elles pouvaient être encore attaquées par la voie de l'appel;

« Attendu que les deux jugements du 25 février 1852 n'avaient leur raison d'être que dans l'arrêt du 21 janvier précédent, qui validait les poursuites de folle enchère; que, cet arrêt étant rétracté sur la tierce opposition d'Antoine Morosolli et la poursuite de folle enchère annulée, il en résulte que l'adjudication sur folle enchère, objet des jugements du 25 février 1852, ne pouvait être maintenue;

« Rejette, etc.[1] »

5 Une hypothèse plus simple, présentant un cas du même genre, est prévue par les auteurs :

Primus fait juger que Secundus, mon fermier, n'a pas le droit de faire paître son bétail dans tel bois ou dans telle prairie. Assurément Secundus ne pouvait régulièrement, en sa

[1] Req. 17 juin 1863; Devill., 1863, 1, 481.

Digitized by Google

qualité de fermier, défendre à une pareille action, et pourtant il y a défendu, et un jugement lui a donné tort. Pourrai-je attaquer ce jugement, et par quelle voie? Là encore il s'agit d'un même droit de servitude revendiqué en vertu d'un même titre, et par suite la tierce opposition est indispensable. Recevable en la forme, si elle est déclarée juste au fond, elle entraînera à sa suite, et *parte in qua*, la rétractation de la décision précédemment rendue. Comment en effet, sans cette rétractation, pourrais-je profiter par mon fermier du triomphe que j'ai obtenu, et comment comprendre que les deux décisions contraires rendues sur le même litige dont il vient d'être parlé puissent s'exécuter simultanément?

6° Voici un autre cas que je tiens à citer parce qu'il se trouve dans Boitard, et que cet éminent jurisconsulte en fait l'occasion d'un développement d'idées qui ne me paraissent pas exactes :

Je fais juger contre le fermier de Primus que l'immeuble A m'appartient, qu'en conséquence ledit fermier devra, à l'avenir, payer entre mes mains les sommes dont il sera débiteur pour fermages. Le fermier en question aurait dû faire connaître à son propriétaire l'attaque dont il était l'objet, ce dernier seul ayant qualité pour plaider. Il ne l'a pas fait et a perdu le procès qu'il soutenait. Le propriétaire sera-t-il dépouillé par l'effet d'un jugement rendu en son absence? Assurément non. Lui suffira-t-il d'invoquer le principe que la chose jugée ne nuit pas à celui qui n'a été ni partie ni représenté au jugement, ou faudra-t-il qu'il recourre à la tierce opposition? Il pourra faire l'un ou l'autre, répond Boitard. Seulement, en se servant de la tierce opposition, il aura l'avantage de rester demandeur sur la question de propriété, sera dispensé de toutes preuves à cet égard et n'aura qu'à répondre à celles de l'adversaire. En ne s'en servant pas, la preuve de la propriété qu'il allègue restera à sa charge [1].

C'est ce raisonnement et cette prétendue utilité de la tierce opposition que je conteste. En matière de litiges sur la propriété, les rôles de demandeur et de défendeur se déterminent à l'aide de la possession. Celui-là est chargé de la preuve qui ne possède pas; quant à celui qui possède, il est présumé propriétaire jusqu'à preuve contraire. La tierce opposition ne

[1] Boitard, *Leçons sur le Code de procédure civile*, t. II, n° 720.

Digitized by Google

peut être un obstacle à l'application de ces principes et produire un résultat aussi extraordinaire que celui dont parle Boitard. Pour qui possédait le fermier dont il a été ci-dessus parlé? A qui payait-il ses fermages? S'il les payait au tiers opposant, la possession qu'a ce dernier lui suffit pour qu'il soit dispensé de prouver son droit. S'il les payait au revendiquant qui a triomphé, pourquoi donc celui qui a en sa faveur, et la possession, et un titre tel qu'un jugement[1], serait-il, par l'effet d'une tierce opposition qui n'est peut-être ni recevable ni fondée, dépouillé des avantages que donne le rôle de défendeur? Enfin, si ni l'un ni l'autre n'ont la possession annale, n'est-il pas juste de présumer propriétaire celui qui a un jugement rendu en sa faveur, quoique vis-à-vis d'un autre que le tiers opposant? Là n'est donc pas l'utilité de la tierce opposition, et, comme elle n'est pas davantage utile en ce qui regarde la suspension, possible dans d'autres cas, de l'exécution du jugement intervenu[2], il faut bien reconnaître que le système de Boitard est mauvais et qu'en conséquence il doit être rejeté.

Faut-il conclure de ce qui précède que la tierce opposition n'est pas nécessaire dans le cas qui nous occupe? Non assurément. Pothier citait ce cas parmi ceux dans lesquels il y avait lieu de recourir à la voie de procédure qui nous occupe[3], et le législateur moderne n'a fait que reproduire les anciens principes, au moins en ce qui regarde l'institution considérée en elle-même et dans sa nature juridique. Ce qu'il faut admettre, c'est que la tierce opposition est nécessaire parce qu'il y a identité de litige. Ce qu'il faut conclure, c'est que la double identité d'objet et de cause crée l'identité de litige et suffit pour rendre nécessaire l'emploi de la tierce opposition. Ce qu'il faut reconnaître, c'est que la tierce opposition, formée dans l'espèce sur laquelle nous raisonnons, entraînera la rétractation de la partie du dispositif du jugement attaqué qui ordonnait le payement des fermages entre les mains du premier revendiquant, ce payement, qui est la conséquence de la

[1] Req. 22 mai 1865; Devill., 1865, 1, 359. Cet arrêt est important au point de vue de la question qui fait l'objet de la présente dissertation. La doctrine qu'il contient est tout à fait opposée à celle que défend Boitard.

[2] Article 478 du Code de procédure civile.

[3] Pothier, *Traité de la procédure civile*, chap. 3, art. 5, sect. 2, § 2, p. 329 de l'édition d'Orléans, 1er vol.

Digitized by Google

solution donnée à la question de propriété, ne pouvant avoir lieu simultanément entre les mains de deux personnes différentes.

7° Le même Boitard parle d'un autre cas, dans lequel la tierce opposition aurait pour utilité unique de suspendre l'exécution d'un jugement passé en force de chose jugée[1]. Voici ce cas :

Primus a fait juger contre Secundus qu'il était propriétaire de tel meuble. En réalité, Secundus n'était que dépositaire de ce meuble qui appartenait, non à Primus, mais à Tertius. Si le jugement rendu s'exécute, la possession du meuble en question passera à Primus, Primus pourra en disposer, et le vrai propriétaire se trouvera peut-être en face d'un possesseur de bonne foi contre lequel toute revendication sera impossible. En pareil cas, la tierce opposition aurait, d'après Boitard, cette utilité qu'elle suspendrait l'exécution du jugement rendu en faveur de Primus.

Je me permets, ici encore, de critiquer l'opinion du célèbre jurisconsulte. Le but de la tierce opposition, en effet, est tellement peu d'arriver à une suspension de l'exécution d'un jugement, que cette suspension est quelquefois impossible et toujours facultative de la part du juge[2]. Qu'est-il besoin d'ailleurs de la tierce opposition pour arriver à une suspension de l'exécution du jugement rendu? La saisie-revendication et la mise en séquestre ne suffisent-elles pas pour cet objet? Et toutefois il convient de voir là encore un cas de tierce opposition nécessaire, parce qu'il s'agit d'un même litige, terminé vis-à-vis de l'un par un jugement passé en force de chose jugée et renaissant vis-à-vis de l'autre à la suite des prétentions nouvellement émises.

Dans tous les cas qui précèdent, il y a matière indivisible et rétractation *parte in qua* de la décision attaquée par voie de tierce opposition. Faut-il conclure de là que toujours cette voie de procédure conduira à une rétractation et que jamais elle ne sera nécessaire hors des cas où la matière est indivisible? Je ne le crois pas. Suivant moi, par cela seul qu'il y a identité de litige, la tierce opposition est indispensable. Voici des cas de cette seconde espèce :

[1] Boitard, *Leçons de procédure civile*, n° 720.

[2] Article 478 du Code de procédure civile.

Digitized by Google

8° Il en est un qui est prévu par un texte formel de loi : je veux parler de l'article 873 du Code de procédure civile.

Ce texte, combiné avec les articles 1447 du Code Napoléon, 872 du Code de procédure civile et 66 du Code de commerce, donne lieu aux solutions suivantes :

A. Les créanciers du mari peuvent se pourvoir contre la séparation de biens prononcée et même exécutée en fraude de leurs droits. Un simple préjudice ne suffit pas pour légitimer leur action [1].

B. La tierce opposition est la seule voie possible à l'aide de laquelle ils puissent se pourvoir, soit contre le jugement qui prononce la séparation, soit contre celui qui contient la liquidation des reprises de la femme [2].

C. Cette tierce opposition n'est possible que pendant un an, au cas où les formalités prescrites par l'article 872 du Code de procédure civile ont été accomplies; dans le cas contraire, le droit des créanciers dure trente ans [3].

D. Quand la fraude est relative, non à la séparation elle-même, mais à son exécution, les créanciers du mari ont le droit d'agir pendant trente ans, même au cas où la liquidation des reprises de la femme est contenue dans le jugement de séparation lui-même [4].

Y a-t-il là matière indivisible et par suite impossibilité d'exécuter simultanément le jugement qui prononce la sépa-

[1] Aubry et Rau, t. IV, § 516, texte et note 22, p. 334 de la dernière édition.

[2] Aubry et Rau, *loc. cit.*

[3] Aubry et Rau, *loc. cit.*

[4] Grenoble, 3 juillet 1828; Sir., 29, 2, 119. — Limoges, 30 décembre 1828; Dalloz, 1836, IIe partie, p. 98. — Grenoble, 6 juillet 1829; Sir., 30, 2, 152. — Civ. rej., 11 novembre 1835; Sir., 36, 1, 116. — Poitiers, 18 juin 1838; Sir., 38, 2, 442. — Riom, 9 juin 1845; Sir., 45, 2, 499. — Grenoble, 7 juin 1845; Sir., 45, 2, 499. — Grenoble, 7 juin 1851; Sir., 51, 2, 613. — Massol, *De la séparation de corps*, p. 140, à la note. — Odier, I, 390. — Rodière et Pont, II, 845. — Troplong, II, 1400. — Aubry et Rau, t. IV, § 516, texte et note 23. Quand la liquidation des reprises de la femme est faite par le jugement même qui prononce la séparation, certains auteurs et certains arrêts décident, contrairement à l'opinion que j'ai émise et qui est consacrée par les autorités ci-dessus rapportées, que le droit des créanciers ne peut s'exercer que pendant un an. — V. dans ce dernier sens : Toullier, XIII, 86. — Duranton, XIV, 413. — Battur, II, 642. — Civ. cass., 4 décembre 1815; Sir., 16, 1, 65. — Civ. rej., 26 décembre 1817; Sir., 18, 2, 158. — Dijon, 6 août 1817; Sir., 18, 2, 64.

Digitized by Google

ration de biens vis-à-vis du mari et celui qui refuse de la prononcer vis-à-vis des créanciers? Assurément non, et, au contraire, on conçoit parfaitement que, vis-à-vis du mari, la femme soit séparée et que, vis-à-vis des créanciers qui triompheront dans leur tierce opposition, elle soit commune. On comprend mieux encore que les bases de la liquidation soient changées en ce qui regarde les tiers opposants, sans l'être en ce qui regarde le mari et la femme. D'un autre côté, la femme, défenderesse à la tierce opposition, aura à plaider relativement à un même objet et à fonder ses prétentions sur une même cause, le péril de sa dot. Par conséquent, je trouve bien là ce que j'avais annoncé devoir y trouver, une double identité de cause et d'objet et une matière divisible.

9° L'article 873 du Code de procédure civile n'est et ne peut être que l'application d'un principe plus général que je vais énoncer et la mise en œuvre, pour un cas spécial, de l'action Paulienne. Cette action, tout le monde le sait, est donnée aux créanciers pour faire rescinder les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits. Que si les actes à rescinder sont des jugements, la tierce opposition sera la voie qu'il faudra employer pour arriver à cette rescision[1]. Cela s'applique, soit aux créanciers chirographaires, soit aux créanciers hypothécaires, avec cette différence toutefois que, pour les premiers, la fraude du débiteur sera la condition *sine qua non* de la recevabilité et du bien fondé de la tierce opposition formée, tandis que les autres pourront soutenir que leur débiteur ne les a pas représentés, qu'ainsi, étant tiers par rapport au jugement, ils peuvent, par cela seul que ce jugement leur préjudicie, se pourvoir contre lui pour obtenir que le tribunal déclare qu'il ne s'applique pas à eux[2]. En matière de partage, la même voie existera au profit des créanciers auxquels ce partage préjudicie, à la condition toutefois qu'il y ait eu fraude du débiteur et opposition par les créanciers tiers opposants, à ce que le partage se fît hors de leur présence[3].

10° La jurisprudence admet que les créanciers hypothécaires eux-mêmes sont représentés dans l'instance à laquelle leur

[1] Aubry et Rau, t. III, § 313, texte et note 29.
[2] Aubry et Rau, t. VI, § 769, texte et note 28.
[3] Aubry et Rau, t. III, § 313, texte et note 30.

Digitized by Google

débiteur est partie [1], et voilà pourquoi j'ai laissé supposer que la tierce opposition n'était recevable de leur part qu'en cas de fraude leur causant préjudice. Autre est, d'après la jurisprudence elle-même, la situation de ceux qui ont des droits réels de servitude ou d'usufruit sur un immeuble. Le jugement rendu contre le propriétaire, ou le nu-propriétaire, ne leur est pas opposable, et cependant ils peuvent avoir intérêt à faire juger le contraire de ce qui a été décidé en leur absence. Cela aura lieu notamment au cas où les droits de l'un ou des autres viendront d'un auteur commun, et où un jugement rendu avec l'un aura déclaré nul, résolu ou rescindé, le titre qui forme la base des droits d'usufruit, de propriété, de nue propriété et de servitudes respectivement créés.

11° Ceux qui doivent solidairement un même objet sont associés entre eux pour rendre leur position meilleure, sans l'être pour la rendre pire. La conséquence de ce principe est que la chose jugée au profit de l'un l'est au profit des autres, et qu'au contraire la chose jugée contre l'un ne l'est pas contre les autres [2]. Ainsi, le jugement, passé en force de chose jugée, qui décide, contre un des débiteurs solidaires dont il vient d'être parlé, que la dette n'est ni soldée ni prescrite, n'est pas opposable aux autres, et toutefois ces derniers ne seront recevables dans leur action qu'à la condition d'employer la voie de l'opposition tierce, car, là encore, il y a identité de cause et d'objet, et par suite identité de litige.

12° La caution, par rapport au débiteur principal, se trouve dans une situation telle que les jugements rendus au profit de ce dernier peuvent être invoqués par elle à l'encontre des prétentions du créancier. Au contraire, les jugements rendus contre le débiteur ne nuisent pas à la caution [3], et toutefois,

[1] Cass., 13 décembre 1864; Devill., 65, 1, 27.

[2] Duranton, XIII, 520. — Marcadé sur l'article 1351. — Rej., 15 janvier 1839; Sir., 39, 1, 97. — Limoges, 19 décembre 1842; Sir., 43, 2, 495. — Aubry et Rau, t. VI, § 769, texte et note 41. — V. en sens contraire : Merlin, *Quest. de droit*, v° *Chose jugée*, § 18, n°s 2 et 3. — Toullier, t. X, 202 et 203. — Proudhon, *Usufruit*, III, 1321. — Bonnier, *Des preuves*, n° 701. — Chauveau sur Carré, *Lois de la procédure*, quest. 645 *in fine*.

[3] Pothier, *Traité des obligations*, partie IV, chap. 3, art. 5, n° 61 de la section qui est relative à l'autorité de la chose jugée. — Aubry et Rau, t. VI, § 769, texte et note 39. — Marcadé sur l'article 1351. — La jurisprudence admet, contrairement à l'opinion que j'ai émise, que la caution est

Digitized by Google

comme là encore se rencontrent l'identité de cause et d'objet et seulement la diversité de personnes, la tierce opposition sera indispensable.

13° Relativement aux questions d'état et en ce qui regarde l'action en désaveu de paternité, il est certain que le mari seul a le droit d'agir. Je conclus de là que le jugement rendu, soit en sa faveur, soit contre lui, a autorité vis-à-vis de tout le monde. Par suite et pour cette hypothèse, il n'y a pas place pour la tierce opposition [1].

Après la mort du mari, si l'un des héritiers intente l'action et succombe, les autres seront recevables à agir dans le but d'obtenir une décision contraire. Mais, comme le litige nouveau sera le même que le litige ancien, la tierce opposition sera indispensable. Cette tierce opposition n'amènera pas une rétractation du jugement rendu en l'absence des tiers opposants, car, au point de vue de la vérité relative et en dehors du cas où il serait question des noms et titres de famille, il n'est pas impossible de concevoir qu'un même enfant soit considéré comme légitime vis-à-vis de l'un et comme illégitime vis-à-vis des autres. En ce qui regarde les noms et titres de famille, il y aura rétractation *parte in qua* de la décision attaquée [2].

Relativement à l'action en réclamation d'état, si Primus fait juger contre Secunda qu'il est son fils, le mari de Secunda pourra soutenir que la décision rendue au profit de Primus est mauvaise et obtenir une nouvelle décision, contraire à celle qu'il attaque. Mais, comme il s'agira d'un même litige, la tierce opposition sera indispensable [3].

Je n'admets pas que certains membres de la famille aient qualité pour agir au nom de tous, ni qu'après la mort de ceux dont Primus prétend être l'enfant, le plus proche parent de l'une des lignes représente tous les autres parents de la même ligne. Même en l'admettant, il serait possible de supposer que

liée par les jugements rendus contre le débiteur principal, sauf à les attaquer par tierce opposition, mais seulement au cas de fraude. — V. cass., 27 novembre 1811; Sir., 12, 1, 125. — Rej., 11 décembre 1834; Sir., 35, 1, 376. Les raisons déduites par Marcadé et par MM. Aubry et Rau, aux ouvrages desquels je renvoie, me font penser que cette jurisprudence est mauvaise.

[1] Demolombe, t. V, nos 174 et 175.

[2] Demolombe, t. V, nos 177 et suiv.

[3] Demolombe, t. V, nos 307 et suiv.

Digitized by Google

Primus n'a mis en cause que le contradicteur légitime de l'une des lignes, ou bien que dans chaque ligne existent plusieurs parents du même degré et que tous n'ont pas figuré dans la première instance à la suite de laquelle a triomphé Primus : là encore la tierce opposition apparaîtrait comme la seule voie ouverte à ceux qui, n'ayant pas été appelés dans l'instance dont il vient d'être parlé, prétendent cependant obtenir une décision contraire à celle qui a été rendue. En ne l'admettant pas, le domaine de la tierce opposition est plus vaste encore et son application plus fréquente [1].

14° Voici un autre cas du même genre, celui-là prévu par un arrêt de la Cour de cassation et résolu dans le sens de la doctrine que je défends :

Le marquis de Villette mourut le 3 juin 1859 après avoir fait, le 8 avril précédent, un testament olographe par lequel il instituait Mgr de Dreux-Brezé, évêque de Moulins, pour son légataire universel, et, au cas où ce dernier ne voudrait pas ou ne pourrait pas accepter personnellement ce legs, le sieur Léon de Montreuil, son cousin. Par un codicille du 27 mai de la même année, le testateur avait substitué le sieur Alfred de Montreuil au sieur Léon de Montreuil, son père.

Le sieur Alfred de Montreuil prétendit que, dans ce testament, l'évêque de Moulins n'était qu'un intermédiaire et que le véritable institué était le comte de Chambord. Ce dernier étant incapable d'acquérir des biens en France [2], le sieur Alfred de Montreuil forma contre l'évêque de Moulins une action en nullité de l'institution faite en sa faveur. Un jugement du tribunal de Clermont, en date du 22 août 1860, rejeta ses prétentions. Il y eut appel, et, sur cet appel, intervinrent les sieurs de Roissy et autres héritiers légitimes du marquis de Villette dans le but de soutenir que le testament de ce dernier était nul, soit en ce qui concernait l'institution principale, soit en ce qui concernait l'institution subsidiaire. Leur intervention était-elle recevable? La Cour le pensa. Son arrêt est ainsi conçu :

« Attendu qu'Alfred de Montreuil, agissant en qualité de légataire universel du marquis Charles de Villette, décédé le

[1] Demolombe, t. V, nos 307 et suiv.
[2] Loi du 10 avril 1832.

Digitized by Google

3 juin 1859 sans héritiers à réserve, a fait assigner Mgr de Dreux-Brezé, évêque de Moulins, aussi légataire universel, premier institué, à l'effet de faire déclarer nulle à l'égard de ce dernier la disposition du testament du 8 avril 1859, parce qu'elle cacherait une libéralité faite à une personne incapable de recevoir, et par suite ordonner l'exécution à son profit des testaments des 8 avril et 27 mai 1859; qu'un jugement du tribunal civil de Clermont a rejeté cette prétention, mais que de Montreuil a relevé appel et que ses conclusions principales tendent à faire déclarer nulle et de nul effet la disposition faite à Mgr de Dreux-Breuzé, évêque de Moulins, dans le testament olographe du 8 avril 1859, en maintenant toutefois les autres dispositions non révoquées par les codicilles du 27 mai suivant;

« Attendu que les héritiers légitimes, qui n'ont point été appelés au procès et n'y ont point été représentés, entendent attaquer ces deux testaments dans toutes leurs dispositions, par le motif qu'ils cacheraient, sous le nom des deux légataires, au profit d'un incapable, des libéralités prohibées, et que d'ailleurs les héritiers ont toujours intérêt à ce qu'il ne soit pas statué sans les entendre sur la validité des testaments laissés par leur auteur;

« Attendu que le jugement du 22 août 1860 cause dès à présent aux héritiers un préjudice, puisque Frédéric de Varicourt, l'un d'eux, ayant formé contre ses cohéritiers une demande en compte, liquidation et partage de la succession, un jugement du tribunal de Clermont a ordonné qu'il serait sursis à statuer sur la demande tant que l'instance pendante devant la Cour entre les légataires universels sur la validité des testaments n'aurait pas reçu une solution définitive; qu'ainsi les héritiers de Villette souffrent un préjudice actuel par suite du jugement, indépendant du dommage plus grave encore qu'ils éprouveraient si les prétentions de l'une ou de l'autre des parties étaient consacrées par un arrêt, et *qu'ils ont dès lors incontestablement le droit de se pourvoir par tierce opposition;* qu'ils ont donc aussi le droit d'intervenir sur appel en évitant à tous les lenteurs et les frais d'une demande nouvelle, aussi bien que le préjudice possible résultant d'un arrêt rendu sans que la Cour ait pu les entendre; que, si l'intervention semble présenter une demande nouvelle, elle ne change pas dans l'espèce

Digitized by Google

la situation faite à l'intimé puisque les intervenants prennent les mêmes conclusions que l'appelant et que, par rapport à ce dernier, les intervenants se bornent à défendre à l'action principale en arguant de nullité le titre sur lequel elle se fonde; mais attendu qu'il résulte du jugement que cette nullité même a été opposée en première instance;

« Attendu que les intervenants justifient qu'ils sont parents du marquis de Villette aux quatrième et sixième degrés successibles et que leurs qualités ne sont pas contestées par la branche paternelle;

« Par ces motifs,

« Déclare recevable l'intervention de MM. de Roissy et de tous leurs consorts. »

Il y eut pourvoi en cassation, formé, soit contre cet arrêt, soit contre celui qui statua sur le fond. Voici, pour chacun des deux arrêts rendus par la Cour de cassation à la suite de ces deux pourvois, la partie relative à la difficulté qui nous occupe :

Premier arrêt. — « La Cour; Sur le premier moyen dirigé contre l'arrêt du 10 juillet 1861 et qui est pris de la violation de la règle des deux degrés de juridiction et de l'article 464 du Code de procédure civile, et de la fausse application et violation des articles 466 et 474 du même Code :

« Attendu qu'Alfred de Montreuil, qui ne se présentait pas comme héritier naturel du marquis de Villette, ne pouvait prétendre à sa succession qu'en prouvant qu'il était héritier testamentaire; d'où résultait pour lui la nécessité d'exciper devant le tribunal de première instance du testament du 8 avril 1859 et du codicille du 27 mai de la même année;

« Attendu, dès lors, que, lorsqu'il attaquait le testament fait en faveur du comte de Dreux-Brézé, il était intéressé à soutenir que lui seul avait droit à la succession en vertu du codicille; que la question soumise au tribunal de Clermont n'était donc pas seulement de savoir si le comte de Brézé avait été régulièrement institué légataire universel, mais que le tribunal avait aussi à décider si, à supposer que cette institution ne fût pas régulière, Alfred de Montreuil serait fondé à réclamer la succession pour son propre compte par suite de l'institution contenue dans le codicille;

« Attendu que si, sur l'intervention portée devant la Cour

Digitized by Google

d'Amiens, les héritiers du sang ont demandé la nullité du codicille, ils n'ont point introduit devant la Cour un procès autre que celui qu'avaient eu à juger les premiers juges, et formé une demande nouvelle; qu'ainsi, sous ce rapport, l'invocation de l'article 464 n'est pas fondée;

« Attendu, d'un autre côté, qu'en droit les héritiers de Villette seraient fondés à prétendre que l'article 464 n'est pas applicable au cas d'intervention; qu'en effet l'article 466, en autorisant l'intervention en cause d'appel d'une partie qui n'a pas figuré dans l'instance devant les premiers juges, établit une exception à la règle générale des deux degrés de juridiction consacrée par l'article 464 du même Code;

« Attendu que, si l'intervenant ne peut soulever devant la Cour des questions étrangères à l'objet du litige porté devant les premiers juges, rien ne s'oppose à ce qu'il élève dans son intérêt personnel des prétentions qui, quoique non produites jusque-là, se rattachent nécessairement aux conclusions déjà prises par les parties et sur lesquelles a porté le débat; que l'article 466 n'impose qu'une condition à la recevabilité de l'intervention, à savoir que l'intervenant ait le droit de former tierce opposition, et qu'aux termes de l'article 474 toute partie peut former tierce opposition à un jugement qui préjudicie à ses droits et lors duquel ni elle ni ceux qu'elle représente n'ont été appelés;

« Attendu, à cet égard, qu'il est inexact de prétendre que l'arrêt à intervenir était chose indifférente pour les intervenants et ne pouvait nuire à leurs droits; *qu'il est évident, au contraire, que cette décision, si elle validait le testament au profit de l'un des légataires, devait former un* PRÉJUGÉ *défavorable à leurs prétentions; qu'ainsi la seule condition exigée par l'article 474 pour la tierce opposition se trouvait réalisée;* — Rejette, etc. »

Du 6 août 1862. — Ch. req.; présid., M. Nicias Gaillard; concl. conf. M. Blanche, av. gén. [1].

Deuxième arrêt. — « La Cour; Sur le premier moyen, dirigé contre l'arrêt du 16 juillet 1861 et tiré de la violation des articles 466 et 474 du Code de procédure civile :

« Attendu que, lorsque la loi a voulu, pour qu'une partie pût former tierce opposition, que le jugement préjudiciât à ses

[1] Devill., 1862, Ire partie, p. 774.

Digitized by Google

droits, elle n'a pas exigé que le préjudice fût direct et nécessaire; qu'il suffît que cette décision implique et reconnaisse un droit incompatible avec celui auquel prétend le tiers opposant et qu'il avait intérêt à soutenir;

« Attendu que le jugement du 22 août 1860 décidait que le testament du marquis de Villette n'était point entaché d'un fidéicommis tacite au profit d'une personne déclarée par la loi incapable de recevoir, et reconnaissait à Mgr de Dreux-Brézé la possession régulière de l'hérédité; *que ce jugement ajoutait ainsi, au titre apparent fondé sur l'institution testamentaire, l'autorité d'un titre consacré par une décision judiciaire; qu'ainsi il préjudiciait évidemment aux droits des héritiers naturels;* — Rejette, etc. »

Du 6 août 1862. — Ch. req.; présid., M. Nicias Gaillard; concl. conf. M. Blanche, av. gén. [1].

Je termine là [2] l'énumération des cas d'application du principe que j'ai énoncé en promettant de faire sa justification. Cette justification résulte des développements qui précèdent

[1] Devill., 1862, Ire partie, p. 774.

[2] Textes, auteurs et arrêts à consulter : — *Matières civiles et commerciales :* Boitard, sur l'article 753 du Code de procédure civile; — Foureix, *Des sociétés*, p. 190; — Proudhon, *De l'usufruit*, t. IV, nos 2473 et suiv., et t. V, p. 153; — Troplong, *De la vente*, n° 892; — Aubry et Rau, § 359 *bis* et note 24; § 510, p. 292 du tome IV; § 535 et note 10, § 626 et note 49; — Boissard, *Substitutions*, p. 196; — Dalloz, *Répertoire*, v° *Vente publique d'immeubles*, nos 668 et suiv., 814, 846, 1083, 1207, 1381, 1448 et la note, 1451, 1605, 1606, 1737, 1947, note 1; — Art. 515 et 518 du Code de commerce; — Alauzet, sur l'article 76 du même Code; — Art. 14 de la loi du 17 juillet 1856 sur les commandites par actions; — Cass., 25 août 1813; Sir., 15, 1, 131; — Req., 24 avril 1838; Sir., 38, 1, 758; — Rej., 14 mars 1849; *Rev. crit.*, 1863, IIe vol., p. 208; — Paris, 30 mai et 2 août 1851; Sir., 51, 2, 508; — Cass., 7 décembre 1853; Sir., 54, 1, 177; — Lyon, 24 décembre 1860; Sir., 61, 2, 557; — Pau, 21 février 1861; *Recueil des arrêts de la Cour de Pau*, 1861, p. 28; — Cass., 11 novembre 1862; Bull. n° 148; — Rej., 26 mars 1862, Bull. n° 41; — Rej., 21 juillet 1863; Sir., 63, 1, 471; — Rej., 1er décembre 1863; Sir., 64, 1, 38; — Rej., 15 décembre 1863; Sir., 64, 1, 86; — Req., 25 janvier 1864; Sir., 65, 1, 105; — Cass., 1er août 1865; Sir., 65, 1, 407. — *Matières criminelles :* Faustin-Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, t. VII, § 504 *in fine; Rev. prat.*, 1864, t. XVIII, p. 146 et suiv. — *Matières administratives :* Serrigny, *Traité de l'organisation, de la compétence et de la procédure en matière contentieuse administrative*, t. I, nos 30, 96, 202, 217, 240, 245 et suiv., 265, 279, 331, 334, 340, 347 et suiv.; t. II, nos 854, 859, 935, 952, 991, 1109. — Même auteur, *Traité des contrib. dir.*, n° 479.

Digitized by Google

et de la comparaison qu'il faut faire de tous les cas dans lesquels la tierce opposition est reconnue nécessaire, soit par nos anciens auteurs, soit par les arrêts de la Cour de cassation. Le droit ancien doit avoir, en cette matière, une grande autorité, car l'intention évidente du législateur moderne a été, non pas de créer une institution nouvelle, mais de transporter de la pratique d'un siècle dans celle d'un autre la procédure de la tierce opposition. Je parle d'évidence, et mon affirmation à cet égard se justifie par la lecture attentive qu'il faut faire, tant des Répertoires de Guyot[1] et de Merlin[2], que des commentaires de Jousse[3] et de Pothier[4], en rapprochant ces ouvrages des discours de MM. Bigot-Préameneu et Albisson, orateurs du gouvernement et du tribunat lors des travaux préparatoires de cette partie de notre Code de procédure[5]. Hé bien! Pothier indiquait comme des cas de tierce opposition ceux dont nous avons parlé sous les n°s 1, 6 et 12, et, si l'on compare ces cas entre eux pour chercher quel est leur élément commun, on s'aperçoit facilement que l'identité de litige et la diversité de personnes constituent cet élément. Le même procédé appliqué aux hypothèques prévues par le Répertoire de Guyot, et par les arrêts que cite ce Répertoire, conduit au même résultat. Le même résultat est produit encore par la même opération faite en ce qui concerne les arrêts de la Cour de cassation. D'où il faut bien conclure que le *criterium* auquel il faut s'attacher pour savoir dans quels cas la tierce opposition est nécessaire est bien celui que nous avons indiqué.

Si, raisonnant ensuite sur l'hypothèse formellement prévue par l'article 873 du Code de procédure civile, on se demande pourquoi la tierce opposition est nécessaire dans ce cas, on est bien obligé de convenir que l'influence préjudicielle qui résulte d'une première décision rendue, quoique vis-à-vis d'autres parties, est la seule cause qui ait pu déterminer le législateur de 1806 à statuer comme il l'a fait. Qu'importe dès lors que l'article 474 du Code de procédure civile dise du

[1] Répertoire de Guyot, v° *Opposition* (*tierce*).
[2] Répertoire de Merlin, v° *Opposition* (*tierce*).
[3] Jousse, sur l'ordonnance de 1667, tit. 27, art. 10 et 11.
[4] Pothier, *Procédure civile*, III° partie, sect. 2, § 2.
[5] On peut voir ces discours dans Locré, dans Fenet, ou même dans le Répertoire de Dalloz, au mot *Tierce opposition*, n° 5, en note.

Digitized by Google

jugement qu'il s'agit d'attaquer qu'il doit préjudicier aux droits du tiers opposant futur? Le préjudice auquel fait allusion cette disposition de la loi est un préjudice moral, celui qui résulte de ce que le même procès a déjà été jugé en un sens qui est contraire aux prétentions soulevées; c'est ce qu'a pensé la Cour de cassation [1], et je suis heureux de m'abriter, en terminant, derrière son autorité.

Résumant la doctrine qui précède, je la formule ainsi :

1° La tierce opposition n'est pas facultative dans certains cas et obligatoire dans d'autres, mais toujours obligatoire lorsque la demande à la suite de laquelle est intervenu le jugement qu'il s'agit d'attaquer et celle qui est formée par le tiers opposant ont un même objet et une même cause. La contrariété de jugements qui peut résulter de l'admission au fond des prétentions du tiers opposant est un des motifs principaux qui, pour ce cas, ont fait créer une procédure spéciale et périlleuse.

2° La tierce opposition conduit, soit à une rétractation partielle de la décision attaquée, soit à une déclaration judiciaire que le jugement attaqué n'aura pas d'effet au regard du tiers opposant. Il y a rétractation partielle quand la matière est indivisible, c'est-à-dire quand, en fait, il serait impossible d'exécuter simultanément, dans toutes leurs parties, les deux décisions intervenues. Si la matière est divisible, cette rétractation partielle n'a pas lieu.

V. CARDOT.

DE L'INCAPACITÉ DE LA FEMME SOUS LE RÉGIME DOTAL,

Par M. Paul Gide, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

Dans ces quelques pages, qui, bien que détachées d'un travail plus étendu [2], ne paraîtront pas, j'espère, trop incomplètes, je me propose de rechercher quel est, sous l'empire du Code Napoléon, le véritable caractère de l'inaliénabilité dotale. L'idée principale de cette étude n'est pas nouvelle pour les lecteurs de la *Revue critique* : M. Labbé la leur avait déjà

[1] Req., 6 août 1862; Devill., Ire partie, p. 774.

[2] Un concours avait été ouvert par l'Académie des sciences morales et politiques sur l'histoire du sénatus-consulte Velléien. Le morceau que nous publions est un fragment de l'œuvre couronnée. Une mention honorable a été accordée à un mémoire composé par deux autres collaborateurs de la *Revue*, MM. Arthur Desjardins, avocat général à la Cour d'Aix, et Albert Desjardins, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

Digitized by Google

présentée dans un article qui date déjà de dix ans [1], mais que les amis de la science juridique n'ont certainement pas oublié. Si M. Labbé l'eût voulu, il lui eût été facile sans doute d'épuiser son sujet; il a mieux aimé laisser de quoi glaner après lui, et son idée nous a paru assez féconde en applications pratiques pour qu'il y eût quelque intérêt à la reprendre aujourd'hui sous une autre forme et avec quelques nouveaux développements.

Le régime de communauté est d'origine moderne, et l'antiquité païenne ne l'aurait, sans doute, jamais inventé. Entre deux époux, dont l'un était confiné par les mœurs dans son *atrium* ou son gynécée, et dont l'autre passait sa vie dans le forum ou l'*agora*, comment eût jamais pu s'établir cette association, cette collaboration civile que la communauté suppose? Comment une union, que la facilité du divorce rendait si précaire, aurait-elle pu confondre à toujours les intérêts respectifs des deux époux, et opérer ainsi, dans leurs patrimoines, un changement profond et irrévocable? Les anciens surent organiser, au contraire, un régime matrimonial parfaitement adapté et à la fragilité du lien conjugal et à l'incapacité de la femme, et ce régime, fait pour les mœurs païennes, mais doué de cette solidité à toute épreuve que le génie romain savait donner à ses œuvres, s'est conservé jusqu'au sein du christianisme et de la civilisation modernes; c'est notre régime dotal. Au lieu d'associer la femme au mari, le régime dotal la condamne à l'inaction [2]; au lieu de confondre les intérêts des deux époux, il les maintient soigneusement séparés. Il traite la dot, comme un législateur défiant traite le patrimoine d'un incapable : pour empêcher qu'elle ne se perde, il la frappe d'immobilité. Quels que soient les changements survenus dans la fortune des époux, quelles que soient les vicissitudes de la vie conjugale, il faut que la dot se retrouve dans son

[1] V. le tome IX de la *Revue*, p. 1 et suiv.

[2] Cette différence entre les deux régimes matrimoniaux apparaît nettement, si je ne m'abuse, en cas d'absence du mari : sous le régime de communauté, la femme peut *continuer* la communauté et prendre ainsi la direction du ménage, tout comme un associé, à défaut de son confrère absent, prend en main les affaires sociales; avec le régime dotal, au contraire, une fois le mari absent, il n'y a plus de régime nuptial possible, car le seul membre *actif* du ménage a disparu.

Digitized by Google

intégrité primitive; tel est le principe, tel est le but du régime dotal.

Pour arriver à ce but, la loi romaine avait lié les mains et au mari et à la femme, car elle se défiait également et des abus du pouvoir chez le premier et des entraînements de la faiblesse chez la seconde. Pour le mari, elle avait réduit progressivement ses droits sur la dot à la mesure d'une administration limitée et d'une simple jouissance[1]; et, quant à la femme, tout en lui attribuant les droits retirés au mari, elle avait eu soin d'en paralyser l'exercice entre ses mains. Ce sont ces restrictions imposées à la femme qui doivent seules nous occuper ici. Tâchons d'en démêler le vrai caractère, et recherchons par quels moyens la loi, tout en conférant à la femme sur les biens dotaux des droits de plus en plus étendus, et à la fin un véritable domaine, a su frapper tous ces droits d'inertie et d'impuissance.

Le législateur qui se propose d'empêcher une personne de disposer de son bien, peut arriver à ce but par deux voies bien différentes. Il peut rendre la propriété inaliénable ou rendre le propriétaire incapable. Pour mieux assurer la conservation de la dot, la loi romaine a employé les deux moyens à la fois; elle a établi en même temps et l'inaliénabilité du bien dotal et l'incapacité de la femme mariée, deux prohibitions qui, on va le voir, se confondent en certains points, et en d'autres se complètent. La première est écrite dans la loi *Julia* qui rend l'immeuble dotal inaliénable; la seconde résulte du sénatusconsulte Velléien, ou plutôt de l'authentique *si qua mulier*, qui déclare la femme incapable d'intercéder pour son mari et même de s'engager conjointement avec lui[1].

Il est aisé de comprendre quels liens intimes unissent ces deux dispositions qui concourent vers un but commun. Cette corrélation peut se démontrer par le raisonnement, elle est de plus attestée par l'histoire. Le même législateur, qui le pre-

[1] Dans l'ensemble du droit romain, je comprends ici le *droit écrit*, qui, dans tout le cours de son développement, n'a fait que suivre la direction que Théodose et Justinien avaient imprimée.

[1] D'après la loi 4, C., *Ad sc. Vellei.*, IV, 29, la femme était relevée de son obligation, bien qu'elle se fût constituée principale débitrice, si un autre avait touché l'argent; or, dans le cas d'une obligation contractée par une femme conjointement avec son mari, la présomption était que ce ce dernier avait touché l'argent. Auth. *Si qua mulier*, nov. 134, c. 8.

Digitized by Google

mier établit l'inaliénabilité dotale, est aussi celui qui le premier défendit à la femme d'intercéder pour son mari [1]. Nées en même temps, ces deux lois partagèrent les mêmes destinées. Justinien, qui dans son Code rendit plus absolue l'inaliénabilité de la dot, rendit aussi plus étroite, dans ses Novelles, l'incapacité de la femme mariée. Lorsque l'empire s'écroula et que les peuples barbares se partagèrent les débris de ses institutions comme de son territoire, au milieu de cette espèce de démembrement général, deux institutions, la loi *Julia* et le sénatus-consulte Velléien, restèrent attachées et comme incorporées l'une à l'autre; dans toutes les législations modernes où la loi *Julia* parvint à s'introduire, le sénatus-consulte Velléien la suivit de près [2]. Mais c'est en France surtout que ces deux lois montrèrent, dans les vicissitudes communes qu'elles eurent à traverser, combien leur union était étroite et indissoluble : toutes les provinces françaises où régnait la loi *Julia* restèrent obstinément attachées au sénatus-consulte Velléien, malgré les ordonnances qui l'abrogèrent; une seule province, le Lyonnais, essaya, tout en rejetant le sénatus-consulte, de conserver le principe de l'inaliénabilité; mais cet essai ne put réussir : la loi *Julia*, privée de l'appui du sénatus-consulte, ne tarda pas à le suivre dans sa chute, et à l'ordonnance de Henri IV, qui avait affranchi la femme mariée en abrogeant le Velléien, dut succéder bientôt l'ordonnance de Louis XIV qui affranchit le fonds dotal en abrogeant la loi *Julia* [3].

Et maintenant que sont devenues ces deux antiques institutions sous la loi qui nous régit aujourd'hui? Les liens si solides qui les liaient l'une à l'autre ont-ils été pour la première fois rompus par les rédacteurs de nos Codes? Le Code Napoléon, tout en laissant une place, dans notre législation moderne, à

[1] Auguste. — Fr. 2, D., *Ad sc. Vellei.*, XVI, 1. — Aujourd'hui encore, il n'est pas facile de démêler les dispositions de la loi *Julia* d'avec celles du sénatus-consulte Velléien; c'est M. Demangeat qui a su le premier dissiper, sur ce point, la confusion de l'ancienne doctrine. V. Demangeat, *De la condition du fonds dotal*, p. 215 et suiv.

[2] Pour ne rien exagérer, il faut ajouter que le sénatus-consulte Velléien étendit son empire plus loin encore que la loi *Julia*, par exemple dans la France septentrionale et en Allemagne.

[3] Il importe de remarquer que l'ordonnance de 1664, qui abrogea la loi *Julia*, fut rendue *en interprétation* de l'ordonnance de 1606 qui avait abrogé le Velléien.

Digitized by Google

l'ancienne loi *Julia*, en a banni le sénatus-consulte Velléien. Mais la rupture entre ces deux institutions n'est-elle pas plus apparente que réelle? En d'autres termes, l'inaliénabilité du fonds dotal, telle que le Code l'a organisée, n'implique-t-elle pas une certaine *incapacité personnelle* chez la femme mariée sous le régime dotal? C'est là la question que je voudrais essayer de résoudre.

Une conséquence de la règle d'inaliénabilité qui n'est, je crois, contestée par personne, c'est que la femme ne peut engager sa dot, et que tous les engagements qu'elle contracte, soit avec son mari ou pour lui, soit comme seule débitrice, sont sans effet et pour ainsi dire nuls en ce qui regarde les biens dotaux [1]. Cela est vrai de la dot mobilière comme de la dot immobilière. Je ne veux point entrer ici dans la question générale de l'inaliénabilité de la dot mobilière, qui est en dehors de mon sujet; ce que j'affirme, c'est uniquement l'inefficacité des engagements de la femme sur ses meubles dotaux; or ce principe a été consacré par une jurisprudence si unanime, si persévérante [2], et j'ajouterai si juste et si sage [3], qu'il faut la considérer aujourd'hui comme définitive. Il est donc aujourd'hui constant que, si une femme a soumis au régime dotal la totalité de son patrimoine, elle ne peut plus, ni cautionner son mari, ni renoncer à son hypothèque légale ou y subroger [4],

[1] Je ne parle ici, bien entendu, que des engagements *contractés*, des obligations *ex contractu*. Pour les autres, V. *infrà*.

[2] Cassat., 1er février 1819; Dev., 1819, 1, 146. — Paris, 26 août 1820; Dev., 1820, 2, 84. — Cassat., 2 janvier 1837; Dev., 1837, 1, 97. — Cassat., 11 mai 1859; Dev., 1859, 1, 481. — Caen, 26 mars 1862; Dev., 1863, 2, 62. — Caen, 28 janvier 1865; Dev., 1865, 2, 257.

[3] Que le mari puisse aliéner les meubles dotaux en sa qualité d'administrateur, c'est ce qu'admet la jurisprudence et ce que je suis loin de contester. Mais que la femme pût aliéner ces meubles elle-même, c'est là ce qui serait contraire, et à tous les précédents historiques et aux principes essentiels du régime dotal tels que les a formulés le Code : « Le mari *seul*, dit l'article 1549, a l'administration des biens dotaux pendant le mariage. » Il ne saurait donc être permis à la femme de s'immiscer dans la gestion du ménage, et c'est ce qu'elle ferait, si elle pouvait vendre les meubles dotaux ou les engager.

[4] La loi du 23 mars 1855 semble faire allusion à cette incapacité dans les premiers mots de son article 9 : « *Dans le cas* où les femmes pourront céder leur hypothèque légale ou y renoncer..... » V. aussi le décret du 28 février 1852, art. 20.

Digitized by Google

ni, en un mot, contracter aucun engagement. Le premier point une fois établi, nous pourrons maintenant donner à la question que nous posions tout à l'heure une forme plus précise, et l'énoncer en ces termes. Si l'engagement d'une femme dont les biens sont dotaux est inefficace, où donc est le vice qui s'oppose à son efficacité? Ce vice a-t-il son siége dans la personne même de la femme, dans un défaut d'intelligence ou de liberté de sa part? y a-t-il, en un mot, incapacité du débiteur? ou bien, au contraire, ce vice a-t-il son siége, non point dans la personne, mais dans la chose qui fait l'objet de l'obligation, dans la nature ou la destination de cette chose, et y a-t-il seulement inaliénabilité du patrimoine?

L'examen de cette question, hâtons-nous de le dire, n'est pas une pure curiosité scientifique; les divers intérêts pratiques qui s'y rattachent sont aussi importants que variés. Signalons-les tout d'abord. Avant de faire notre choix pour l'une ou pour l'autre des deux solutions du problème, nous devons nous rendre un compte exact de toutes les conséquences pratiques que chacune d'elles entraîne à sa suite.

Admettons, pour un instant, la première de ces solutions, et raisonnons comme si la femme, en se plaçant sous le régime dotal, devenait *incapable de s'obliger*. Le vice des obligations qu'elle contracte, dirons-nous alors, est dans la source même d'où elles émanent, c'est-à-dire dans la volonté de la femme qui, dominée, on le présume, par les obsessions du mari, n'était point éclairée ni libre. C'est un vice originaire et de naissance, et, pour savoir si l'obligation en est ou non infectée, c'est au moment où elle prend naissance que nous devons nous placer. Tel est le principe, et voici les conséquences pratiques qu'on en peut déduire :

1° L'obligation contractée par la femme *pendant le mariage* est nulle et demeurera nulle et inefficace, même après que le mariage sera dissous et que les biens dotaux seront redevenus libres. Eh! comment une dette que la femme est censée n'avoir souscrite que sous la pression du pouvoir marital, pourrait-elle devenir efficace contre elle au jour de son veuvage?

2° L'obligation contractée par la femme *avant le mariage* est valable et demeurera valable bien que la femme soumette ensuite son patrimoine au régime de la dotalité. Indépendante et pleinement capable au jour où elle s'est obligée, comment

Digitized by Google

la femme pourrait-elle rompre elle-même le pacte qui la lie, par un contrat ultérieur?

3° L'obligation de la femme, bien que née durant le mariage, est valable, si elle est née sans la volonté de la femme, par exemple si elle résulte d'un délit, d'un quasi-délit, de certains quasi-contrats [1] : le vice de l'obligation disparaît ici, puisque c'est dans la volonté de la femme que ce vice avait son siége.

4° La femme, une fois veuve, peut ratifier l'obligation qu'elle avait souscrite pendant son mariage, et en couvrir ainsi la nullité; il n'est plus permis de présumer que son engagement a été extorqué ou surpris, lorsque, devenue indépendante et libre, elle déclare elle-même le contraire.

Telles sont les conséquences pratiques auxquelles on arrive infailliblement, lorsqu'on prend pour point de départ la doctrine de l'incapacité de la femme. Essayons maintenant, à son tour, de la doctrine contraire, celle de l'inaliénabilité de la dot; elle va nous conduire, sur tous ces points, à des conséquences diamétralement opposées.

L'obligation de la femme, dirons-nous en entrant un moment dans ce système, est, en elle-même, parfaitement valable; c'est seulement lorsqu'il s'agit de l'exécuter, qu'elle rencontre un obstacle extérieur dans l'inaliénabilité des biens dotaux. Pour apprécier l'efficacité de l'obligation, nous devrons donc nous placer, non point au moment où elle a pris naissance, mais au moment où l'on veut l'exécuter et où le créancier poursuit son payement. Voilà le principe, en voici les conséquences :

1° L'obligation contractée par la femme durant le mariage devient efficace sitôt que le mariage est dissous : car le seul obstacle qui s'opposait aux poursuites du créancier, l'inaliénabilité du bien, son caractère dotal, a disparu avec le mariage.

2° L'obligation contractée par la femme avant le mariage cesse d'être efficace, dès que la femme, en se mariant, a soumis tous ses biens à la loi de la dotalité. Le créancier ne peut

[1] *Quid* des quasi-contrats où c'est la femme qui est volontairement devenue débitrice, tandis que l'autre partie devenait créancière malgré elle, par exemple si la femme a géré les affaires d'autrui? Il me semble que, dans l'un des deux systèmes comme dans l'autre, la femme ne doit être obligée que *de in rem verso*.

Digitized by Google

pas plus conserver son gage sur le bien que la femme a rendu dotal, que sur le bien aliéné par elle; car aliéner une chose ou rendre cette chose inaliénable, n'est-ce pas au fond le même acte? n'est-ce pas, dans les deux cas, exercer une fois pour toutes le droit qu'on a de disposer de son bien? Le seul droit qui puisse rester au créancier, quand une fois la débitrice a disposé de son bien en le rendant dotal, c'est celui que la loi accorde à tout créancier victime d'une aliénation frauduleuse, c'est une action révocatoire [1].

3° Nulle créance ne peut donc se poursuivre sur les biens dotaux, à quelque époque qu'elle remonte; ajoutons aussi : de quelque manière qu'elle ait pris naissance. Qu'elle ait pour cause un contrat, un délit, un quasi-delit, peu importe. La loi fait-elle jamais de semblables distinctions, lorsqu'elle déclare des biens insaisissables? Est-ce que les vêtements du débiteur, son coucher, les provisions nécessaires à sa nourriture, cessent d'être insaisissables, lorsque la créance résulte d'un quasi-délit ou d'un quasi-contrat [2]? Or la loi a imprimé aux biens dotaux, gage sacré de la famille, le même caractère d'insaisissabilité.

4° Enfin, toute ratification, toute confirmation de la femme est évidemment inutile. Le vice de l'obligation n'étant pas dans la volonté du débiteur, ce n'est pas non plus dans sa volonté que peut être le remède [3].

Et maintenant que nous avons déterminé de part et d'autre tous les résultats pratiques des deux théories qui sont en balance, nous nous trouvons avoir fait un grand pas vers la solution définitive; car, sur toutes ces questions pratiques, la jurisprudence s'est déjà prononcée, et voici quelles sont ses décisions :

1° L'obligation contractée par la femme pendant le mariage ne devient point efficace à la dissolution du mariage : quoique

[1] Art. 1167.

[2] V. le Code de procédure, art. 592 et suiv., — et l'article de M. Labbé, cité plus haut.

[3] Ne pourrait-on pas voir encore, entre les deux systèmes, une cinquième différence? L'interdiction d'aliéner, qui est un statut personnel, si on la considère comme une règle d'incapacité, ne devient-elle pas un statut réel, si l'on en fait une règle d'inaliénabilité? Nullement, car l'inaliénabilité n'est établie ici que par une convention, qui doit évidemment s'interpréter d'après la loi personnelle des parties contractantes.

Digitized by Google

les biens aient cessé d'être dotaux et soient redevenus libres, le créancier ne peut les saisir [1].

2° L'obligation contractée par la femme avant le mariage reste efficace après la célébration du mariage et l'adoption du régime dotal : quoique les biens soient devenus inaliénables, le créancier antérieur au mariage peut toujours les saisir [2].

3° L'obligation est valable et engage même les biens dotaux lorsque la femme se trouve obligée sans sa volonté, par suite de son délit [3], de son quasi-délit [4], parfois même de son quasi-contrat [5].

4° Enfin la nullité de l'obligation est purement relative et se peut couvrir par la ratification expresse ou tacite de la femme, lorsque celle-ci est redevenue libre par la dissolution du mariage [6].

Il est aisé de résumer cette jurisprudence et d'en dégager le principe. Comme on le voit, c'est la doctrine de l'incapacité personnelle de la femme qui a triomphé sur toute la ligne : aucun arrêt ne la formule, mais tous la présupposent; car de toutes les conséquences pratiques de cette doctrine que nous avons énumérées, il n'en est pas une seule que les tribunaux ne soient venus consacrer.

Et cette doctrine n'est-elle pas, en effet, la mieux appropriée aux besoins de la pratique et la plus conforme à la nature même des choses? Si l'on recherche quel est le vrai fondement de cet ensemble de priviléges et d'exceptions au droit commun

[1] Cassat. (ch. réun.), 7 juin 1864; Dev., 1864, 1, 201. — Bordeaux, 23 mars 1865; Dev., 1865, 2, 334.

[2] C'est ce que suppose l'article 1558-3°, qui semble exiger toutefois que la créance soit antérieure, non-seulement à la célébration du mariage, mais même au contrat de mariage. V. aussi dans ce sens Montpellier, 7 janvier 1830; Dev., 1830, 2, 69.

[3] Cassat., 4 mars 1845; Dev., 1845, 1, 513.

[4] Cassat., 24 décembre 1860, 23 avril 1861; Dev., 1861, 1, 784 et 983. — Cassat., 15 juin 1864; Dev., 1864, 1, 363. — Agen, 6 février 1865; Dev., 1865, 2, 240.

[5] *Contra* si c'est volontairement que la femme s'est engagée par quasi-contrat, par exemple si elle a accepté une succession. Cass., 8 févr. 1834; Dev.; 1834, 1, 93.

[6] La femme peut, même pendant le mariage, confirmer son obligation par un testament; car, dans l'exercice de cet acte, qu'elle fait seule et en dehors du mari, elle jouit d'une entière capacité. Bordeaux, 20 décembre 1832; Dev., 1833, 2, 279.

Digitized by Google

qu'on appelle le régime dotal, que trouve-t-on? Est-ce une affectation des biens dotaux à quelque destination exceptionnelle? Nullement : la dot a, sous ce régime, la même destination, la même nature que sous tous les autres, la même définition juridique lui est applicable[1]. Le trait distinctif du régime dotal n'est donc point dans la destination de la dot, il est uniquement dans la situation de la femme, dans le rôle que la loi lui attribue au sein du ménage, en un mot dans son incapacité. Au lieu de devenir, comme sous notre régime nuptial de droit commun, l'associée libre et active du mari, la femme, sous le régime romain de la dotalité, est aujourd'hui encore ce qu'elle était dans la société antique, séparée d'intérêts d'avec son mari, et retenue, par les liens d'une incapacité personnelle, dans l'isolement et l'inaction. Variété de situations étrange sans doute sous une loi qui se pique d'être uniforme, mais répondant peut-être à des besoins réels. La capacité naturelle de la femme et l'état de dépendance où le mariage va la placer, varient, en effet, suivant son âge, son éducation, son caractère; les dangers de l'influence maritale qu'elle va subir, varient aussi suivant le caractère de l'homme qu'elle choisit pour époux. Qui peut être juge de toutes ces circonstances? Ce sont les deux familles qui s'allient : c'est à leur prudence que la loi confie le règlement de ce contrat si grave, qui va devenir, comme on l'a dit[2], « la charte du foyer domestique. » Il se peut que l'inexpérience de la jeune fille, que les habitudes dissipées du jeune homme, inspirent aux parents des inquiétudes sur l'avenir du nouveau ménage. La loi comprend cette sollicitude, elle se prête aux vœux de ces familles défiantes : c'est pour elles qu'elle a organisé le régime dotal, cette espèce de régime préventif qui, pour abriter la dot, frappe le mari d'impuissance et l'épouse d'incapacité. La femme qui accepte un pareil régime est censée confesser sa propre incapacité naturelle et appeler au secours de sa faiblesse la protection de la loi. Le régime dotal est donc aujourd'hui encore ce qu'il a été dans tous les temps, un secours offert à la faiblesse de la femme, « fragilitati uxoris, mariti seductionibus facile deceptæ et pro-

[1] C'est toujours « l'apport fait au mari pour fournir aux charges du ménage. »

[2] M. Troplong, dans son *Traité du contrat de mariage*, t. I, p. 11.

Digitized by Google

pria negligentis jura [1]. » En un mot, l'interdiction d'aliéner le bien dotal n'est, au fond, qu'une règle de capacité.

Puisque ce principe est constant, il faut en accepter jusqu'au bout toutes les conséquences. En voici quelques-unes qui méritent d'être notées :

1° L'obligation qu'a contractée la femme durant le mariage étant nulle dans son principe, reste nulle même après le décès de la femme. Non-seulement ses héritiers directs, mais même ses héritiers collatéraux, peuvent se prévaloir de cette nullité, et profiter ainsi d'un privilége qui n'a pas été établi en leur faveur [2].

2° Cette obligation reste inefficace, même dans le cas où la femme ou ses héritiers, après la dissolution du mariage, viendraient à échanger les biens qui composaient la dot contre des biens nouveaux. Mais ces biens nouveaux, dira-t-on peut-être, n'ont jamais été dotaux ; comment donc la loi du régime dotal pourrait-elle les atteindre? Ces biens ne sont point inaliénables sans doute, puisqu'ils ne sont point dotaux ; mais de ce qu'ils peuvent être aliénés, est-ce une raison pour qu'ils puissent être saisis en vertu d'un titre nul? Or tel est le titre qu'a pu conférer la femme lorsqu'elle était en état d'incapacité. Et si vous décidez le contraire, vous rendez impossible, en fait, la vente ou l'échange des biens qui formaient la dot; puisque, vendre ou échanger ces biens, ce serait en réalité en abandonner gratuitement la valeur à des créanciers dépourvus de titre efficace; c'est donc vous qui faites peser l'inaliénabilité sur des biens qui doivent en être affranchis [3].

3° L'obligation souscrite durant le mariage par une femme qui a constitué tous ses biens en dot, est nulle, même à l'égard des biens qui viendraient à lui échoir après la dissolution du mariage. S'il en était autrement, les garanties du régime dotal deviendraient souvent illusoires, la prévoyance des parents

[1] Ce sont les paroles de Justinien, nov. 61, c. 1, § 2; loi unique, § 15, C., *De rei ux. act.*, V, 13.

[2] V. sur cette question Du Périer, *Questions notables*, I, 3; — d'Olive, III, 29; — Henrys, L. IV, quest. 141. — La jurisprudence est divisée : pour l'opinion ci-dessus, V. Cassat., 16 décembre 1846; Dev., 1847, 1, 194; — Cass., 30 août 1847; Dev., 1847, 1, 740; — Paris, 16 janvier 1858; Dev., 1858, 2, 502. — *Contra* Caen, 10 janvier 1842; Dev., 1842, 2, 209; — Bordeaux, 23 mars 1865; D., 1865, 2, 334.

[3] V. la dissertation de M. Labbé, citée plus haut.

Digitized by Google

qui les stipulent, serait souvent déjouée. En stipulant pour leur fille la dotalité de ses biens présents et à venir, le père et la mère ont voulu empêcher que leur succession future ne devînt un jour la proie des créanciers du mari; or s'ils viennent à mourir seulement après la dissolution du mariage, faut-il que leur vœu soit trompé? faut-il que les dettes du mari, imprudemment cautionnées par la femme, viennent dévorer leur succession[1]?

4° Enfin, l'obligation contractée par la femme relativement à son bien dotal est nulle, même en ce qui concerne son bien paraphernal. La femme, il est vrai, n'est plus incapable[2] quand il s'agit de ses biens paraphernaux : comme ils sont placés, en quelque sorte, en dehors du patrimoine du ménage, la femme, dans le maniement de ces biens, est censée jouir d'une certaine liberté d'action. Mais il n'en est plus de même lorsqu'elle veut s'immiscer dans la gestion de la dot : ici le mari règne en maître, la femme n'est plus libre, et tout ce qu'elle fait est sans valeur. La jurisprudence a consacré ce principe, lorsque, se conformant aux traditions du droit romain et du droit écrit[3], elle a refusé, à celui qui avait acheté le fonds dotal sous la garantie de la femme, toute action sur les biens paraphernaux[4].

On excusera, j'espère, la sécheresse de cette dissertation juridique; car on peut, si je ne me trompe, en dégager un fait assez peu remarqué et qui n'est pas cependant sans importance, c'est la persistance secrète du sénatus-consulte Velléien jusque dans notre législation moderne. Qu'est-ce, en effet, que cette incapacité de la femme sous le régime dotal, si ce n'est l'ancienne incapacité romaine, la défense d'intercéder pour le

[1] V. sur ce point un article de M. Demolombe, dans la *Revue de législation*, de Fœlix, etc., tome II, p. 282 et suivantes.

[2] Pourvu, bien entendu, qu'elle soit autorisée par son mari ou par la justice. Ceci est en dehors de la question actuelle.

[3] « Consensus etenim in talibus, aut in hypothecam, aut in venditionem, aut in aliam alienationem conscriptus, ... omnino non proderit... Et si consentiat mulier, ..., sit omnino indemnis... Obligationem, quantum ad mulieres, neque dictam neque scriptam esse volumus. » (Nov. 61, §§ 1, 2 et 4.)

[4] La jurisprudence est encore divisée sur ce point. — V., pour la nullité du cautionnement, Riom, 12 août 1844; Dev., 1844, 2, 592; — Toulouse, 19 août 1843; Dev., 1844, 2, 344; — Agen, 17 juillet 1848; Dev., 1848, 2, 602. — *Contra* Cassat., 4 juin 1851; Dev., 1851, 1, 465; — Cassat., 20 juin 1853; Dev., 1854, 1, 5; — Montpellier, 2 mai 1854; Dev., 1854, 2, 687.

Digitized by Google

mari, jointe à la présomption que tout engagement n'est qu'une intercession en sa faveur? Sans doute le sénatus-consulte Velléien a disparu de nos Codes; le nouveau législateur a cru l'abroger; il a cru pouvoir, tout en consacrant l'ancien principe de la loi *Julia*, rompre les liens qui de tout temps avaient rattaché cette loi au sénatus-consulte. Mais ces liens étaient trop forts; en dépit des rédacteurs du Code, le principe de l'incapacité velléienne s'est glissé dans notre jurisprudence furtivement, sous le manteau de l'inaliénabilité dotale; et, après cette dernièrs expérience législative, nous pouvons, je crois, conclure avec certitude qu'il n'y a pas d'inaliénabilité dotale possible sans le sénatus-consulte Velléien.

N'est-ce pas là un résultat regrettable, et, puisque ces deux institutions devaient forcément partager le même sort, n'eût-il pas mieux valu que le sénatus-consulte Velléien entraînât la loi *Julia* dans sa chute? C'est ce que penseront sans doute bien des jurisconsultes; car l'inaliénabilité dotale a rencontré de tout temps de nombreux adversaires. Déjà, sous l'ancien régime, je l'ai déjà dit, les ordonnances royales avaient dû l'abolir dans quelques-unes de nos provinces[1], et, de nos jours, elle a soulevé des réclamations plus vives et plus légitimes encore. Ces réclamations, chose remarquable, sont souvent parties des pays mêmes qui, pratiquant le régime dotal, pouvaient mieux que d'autres en apprécier les bienfaits ou les abus. C'est un magistrat normand, qui, naguère encore, après avoir décrit avec l'autorité et le langage ému d'un témoin oculaire tous les effets funestes de la dotalité, concluait par ces motifs : « Au mal que nous avons signalé le remède serait simple : un trait de plume passé sur le chapitre du régime dotal dans le Code civil, et notre législation demeurerait complète dans son unité[2]. »

Nous n'oserions, pour notre compte, nous associer à ce vœu, et nous n'accueillerions qu'avec défiance la réforme qui, *d'un*

[1] L'ordonnance de 1664, dont j'ai parlé plus haut, p. 81.

[2] M. Homberg, *Des abus du régime dotal.* M. Batbie, qui, appartenant, lui aussi, par sa naissance, à un pays de régime dotal, peut joindre l'autorité du témoin oculaire à celle du jurisconsulte et de l'économiste, tient à peu près le même langage. — V. *Cours d'économie politique*, t. II, p. 102, — et *Révision du Code Napoléon*, dans le *Correspondant* de janvier 1866, p. 90.

Digitized by Google

trait de plume, effacerait le régime dotal de nos codes. Si nous reculons devant une réforme aussi radicale, ce n'est point par crainte de porter atteinte à la liberté des conventions, car il est contradictoire d'invoquer la liberté civile en faveur de clauses qui tendent précisément à la détruire. Ce n'est pas non plus dans la crainte d'empêcher que les mariages ne se multiplient : comme l'a fort bien dit Montesquieu [1], « ce sont les garçons qu'il faut encourager au mariage, » et rien n'est moins propre à les y encourager que les entraves si gênantes qui les attendent sous le régime dotal. Si ce régime, malgré tous ses vices, a droit à quelques ménagements de la part du législateur, c'est uniquement parce qu'il a pour lui la possession, et qu'il est, de nos jours encore, profondément enraciné dans la moitié des provinces françaises. Cette possession, j'en conviens, ne prouve rien en sa faveur : il en est des abus comme des mauvaises herbes, il n'est rien qui croisse plus vite et qui soit plus difficile à extirper. Mais elle doit, tout au moins, protéger le régime dotal contre une abrogation brusque et soudaine. Les réformes législatives ne doivent s'opérer qu'avec ménagement et avec lenteur ; pour qu'elles soient efficaces et durables, il faut qu'elles s'accomplissent dans les mœurs en même temps que dans les lois. Dans l'état actuel des mœurs et de l'opinion publique, la mission du législateur doit se borner, ce me semble, à concilier autant que possible les garanties conservatrices de l'inaliénabilité dotale avec le principe de la liberté civile et les besoins du commerce. Une réforme de ce genre vient de s'accomplir dans le pays qui est la véritable patrie du régime dotal, en Italie. D'après le Code italien mis en vigueur au commencement de cette année, les biens dotaux pourront toujours être aliénés avec l'autorisation de la justice ; la femme pourra toujours engager le bien dotal avec la même autorisation [2] ; le contrôle tutélaire et intelligent des tribunaux remplacera la résistance inflexible et aveugle de la loi.

Cette innovation du législateur italien est, ce me semble, en parfaite harmonie avec les principes du régime dotal tels que j'ai essayé de les mettre en lumière. Si c'est vraiment l'incapacité personnelle de la femme qu'on trouve au fond de ce

[1] *Esprit des lois*, liv. XXIII, ch. 9.

[2] Codice civile del regno d'Italia, art. 1405.

Digitized by Google

régime, pourquoi dès lors ne pas traiter la femme comme tous les autres incapables? Pourquoi, au lieu de la frapper d'une interdiction absolue, ne pas se contenter de soumettre ses actes à la formalité protectrice d'une autorisation? Cette autorisation, pour la femme, c'est, en général, l'autorisation maritale. Mais, avec un régime qui est organisé tout entier dans un esprit de défiance contre le mari, l'autorisation maritale n'est plus guère qu'un contre-sens [1], et c'est à la surveillance des tribunaux qu'il faut recourir si l'on veut protéger la dot sans la frapper d'immobilité. Librement appliquée par les tribunaux, la règle de l'inaliénabilité dotale deviendra entre leurs mains un instrument souple et docile, et la jurisprudence, mobile et progressive comme les mœurs et les besoins sociaux dont elle est l'expression fidèle, pourra ainsi conduire un jour, par une préparation lente et graduelle, à la réforme plus radicale que la science entrevoit déjà. PAUL GIDE.

BIBLIOGRAPHIE.

LES CARTULAIRES ANGEVINS.

ÉTUDE SUR LE DROIT DE L'ANJOU AU MOYEN AGE.

Par M. d'Espinay, président du tribunal de Loches.
1 volume in-8. — Angers, Cosnier et Lachèze; 1864.

Compte rendu
par M. A. CHAISEMARTIN, docteur en droit, procureur impérial à Loches.

Des travaux remarquables ont déjà fait connaître le nom de M. d'Espinay. L'Académie de législation de Toulouse a couronné successivement, il y a quelques années, deux mémoires du savant magistrat, mémoires publiés depuis et traitant, l'un, de l'*Influence du droit canonique sur la législation française*, l'autre, de la *Féodalité et du droit civil français*. Ces études

[1] Aussi était-elle inconnue en droit romain.

Digitized by Google

n'ont pas seulement attiré l'attention de tous les hommes qui, en France, s'occupent de notre histoire juridique; elles ont été aussi remarquées en Allemagne et la première, notamment, a été signalée de la manière la plus élogieuse par M. Warnkœnig dans la *Revue critique de Jurisprudence* [1].

Les deux ouvrages ci-dessus embrassaient, dans une vue d'ensemble, des côtés importants de l'histoire générale du droit français. Depuis, M. d'Espinay a circonscrit ses recherches. Alors magistrat à Saumur, il s'est appliqué à étudier particulièrement les institutions de l'ancienne province d'Anjou. En 1858, la Société d'agriculture, sciences et arts d'Angers, insérait dans ses mémoires une notice de notre auteur sur les *Formules angevines;* c'était un exposé de la législation mérovingienne en Anjou, une sorte d'introduction au nouveau livre dont nous allons essayer de rendre compte sommairement.

Les CARTULAIRES ANGEVINS sont une étude, sous le rapport juridique, de la période comprise entre le démembrement de l'empire de Charlemagne et le règne de saint Louis, c'est-à-dire des trois ou quatre siècles sur lesquels nous avons le moins de documents certains.

Mais laissons ici parler M. d'Espinay :

« Cette période est la plus obscure pour le jurisconsulte. Il « est cependant indispensable de l'étudier, si l'on veut con- « naître à fond les origines de notre législation nationale. On « ne trouve alors ni lois écrites, ni coutumes fixes; on est « même privé des recueils de formules qui jettent une si vive « lumière sur le droit en vigueur pendant la domination des « rois francs. »

« Il faut chercher les usages juridiques des Xe, XIe et « XIIe siècles dans divers passages des chroniques et dans les « actes rédigés à cette époque. Ce sont à peu près les seuls « documents qui puissent jeter quelque lumière sur les cou- « tumes primitives de la France féodale. Les évêques, les « abbés, les chapitres et les seigneurs laïques faisaient tran- « scrire sur des livres qu'on appelait cartulaires les copies des « chartes et diplômes relatifs à leurs domaines, afin de les

[1] Kritische Zeitschrift für die gesammte Rechtswissenschaft : *Revue critique de jurisprudence;* Heidelberg, 1858.

Digitized by Google

« conserver à défaut d'originaux. On apportait beaucoup de « soin à ces transcriptions qui présentent de fortes garanties « d'authenticité [1]. »

Telles sont les sources auxquelles a voulu puiser M. d'Espinay et la nature des documents qu'il a, en grande partie, sauvés de l'oubli et remis en lumière. On voit immédiatement l'intérêt de cette entreprise scientifique. S'il est dans l'histoire du droit une époque encore ignorée, c'est bien celle des trois premiers siècles du moyen âge; ici, pas de lois précises, pas d'usages certains, pas de commentateurs; c'est une législation à rédiger à l'aide du rapprochement et de la comparaison de mille éléments dissemblables. Il s'agissait, pour l'auteur, d'écrire le plus ancien, le premier code du vieux droit angevin. Dessein d'une exécution difficile, mais aussi d'une grande importance, car, même restreint à une seule province, il devait contribuer à éclairer la période historique dans laquelle nos lois restent encore à l'état le plus conjectural. Postérieurement à cette période, en effet, les coutumes d'Anjou ont tenu une place importante dans le groupe de nos coutumes du centre; d'autre part, elles présentent avec les *Établissements de Saint-Louis* des rapports si remarquables, qu'évidemment l'une des deux législations a inspiré l'autre et lui a communiqué ses tendances.

Une semblable tentative devait séduire un esprit chercheur, actif, d'une érudition peu commune. L'œuvre a été menée vaillamment par M. d'Espinay et conduite à fin avec un succès que l'Académie des inscriptions et belles-lettres a consacré elle-même en décernant, dans sa séance du 7 juillet 1865, une mention honorable au livre de l'éminent magistrat.

Il nous serait impossible, dans les limites restreintes d'un compte rendu, d'analyser ce travail où abondent les recherches, les faits, les documents nouveaux et précieux. L'auteur nous donne d'abord une idée sommaire de ce qu'était le comté d'Anjou; puis, se demandant quelles furent les sources premières du droit de cette province, il est amené à dire un mot de ce qu'on a appelé les origines celtiques. Il ne croit pas que la civilisation gauloise ait été absorbée complétement par la domination romaine. Ainsi, M. d'Espinay reste bien en arrière

[1] Introduction.

Digitized by Google

des affirmations plus hardies qui se sont produites sur cette question; particulièrement, il se défie de la part trop grande qu'on a voulu faire aux usages celtiques dans le développement du droit français. A des théories nouvelles, habilement déduites mais discréditées un peu par l'abus de l'imagination et de l'esprit de système, l'auteur des CARTULAIRES ANGEVINS préfère les données plus solides, quoique moins brillantes, fournies par une exégèse prudente et une sévère critique.

Après avoir ainsi déterminé son point de départ, M. d'Espinay entre dans le cœur du sujet et, prenant pour cadre les divisions généralement appliquées chez nous à la science du droit, fait passer sous les yeux du lecteur toute la vieille législation angevine. Les seigneuries ecclésiastiques, les seigneuries laïques et les droits seigneuriaux, l'état des personnes, la propriété et sa transmission, le mariage et ses effets civils, la puissance paternelle, la tutelle, le bail féodal, les successions, les donations, les contrats, la procédure, enfin le droit pénal, tel est l'ensemble des matières traitées par le savant magistrat; tels sont les titres essentiels du *coutumier* qu'il est parvenu à coordonner pour ces temps obscurs dont l'érudition moderne n'est point parvenue encore à nous donner complétement le tableau.

Nous n'hésitons pas à dire que cette publication constitue un véritable service rendu à la science. Ce qui rend en ce moment impossible une histoire définitive de l'ancien droit français, c'est l'ignorance d'une partie des sources. Que de renseignements, en effet, encore perdus dans nos dépôts publics ou dans nos archives de provinces! Combien de manuscrits, de diplômes, de chartes, de titres divers à faire sortir de l'obscurité dans laquelle ils sont enfouis depuis des siècles! Combien de pièces curieuses dispersées à l'époque de la tourmente révolutionnaire et qui, si on arrivait à les recueillir, jetteraient un jour nouveau sur bien des points encore incertains de notre passé. Les CARTULAIRES ANGEVINS se rattachent à ce travail de découverte, à ces fouilles patientes et fécondes; ils forment un des chapitres précieux de cette histoire parcellaire en voie de formation à l'aide de laquelle on pourra prochainement peut-être écrire et fixer l'histoire générale.

On a reproché à M. d'Espinay de n'avoir pas donné des détails suffisants sur le gouvernement des comtes d'Anjou, ainsi

Digitized by Google

que sur l'administration temporelle des évêques d'Angers. Mais, au moins en ce qui concerne le second de ces deux points, l'observation est-elle bien fondée? Le cartulaire de l'église cathédrale d'Angers a été brûlé en 1793 et il était sans doute fort difficile de suppléer aux riches documents qu'il devait contenir.

Si nous pouvions hasarder une observation nous exprimerions plutôt le regret que l'auteur, trop défiant de lui-même et se renfermant avec un scrupule excessif dans les limites tracées par lui à son sujet, n'ait point cru devoir marquer d'une manière plus nette les rapports qui relient les institutions dont il s'occupait au droit coutumier ultérieur et à la législation actuelle. L'œuvre y eût gagné, croyons-nous, au point de vue de l'utilité pratique et de l'intérêt, sans rien perdre de son unité. Toutefois il se peut que M. d'Espinay ait la pensée de continuer l'histoire de la coutume d'Anjou : on comprendrait son extrême sobriété sur le point que nous signalons, puisqu'elle aurait pour juste motif le désir de ne point empiéter sur les divisions logiques d'un plan conçu à l'avance.

Les qualités essentielles de M. d'Espinay sont une érudition profonde et consciencieuse, une méthode pleine de clarté, une forme précise et une marche toujours égale. En parcourant ces travaux de bénédictin on est effrayé des innombrables recherches dont chaque phrase, pour ainsi dire, vient témoigner, et on admire que l'historien suive toujours son chemin sans hésitation et nous guide si sûrement à travers un vrai chaos de documents souvent confus ou contradictoires. Rendons hommage à ces esprits d'élite qui appliquent leurs forces à féconder le champ de la science. Honneur à cette noble curiosité qui se donne pour but de retrouver nos origines nationales, se voue à ce labeur avec une infatigable patience, découvre pour nous des séries entières de faits ignorés et éclaire ainsi les institutions présentes par la fidèle image des temps qui ne sont plus!

. . . . . *Veterum volvens monumenta virorum!*

A. CHAISEMARTIN.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière civile.

Par M. Albert DESJARDINS, agrégé à la Faculté de droit de Paris.

DES DROITS DU LOCATEUR EN CAS DE FAILLITE DU LOCATAIRE.

(*Suite et fin* [1].)

11. Nous n'avons pas jusqu'à présent distingué le cas où le failli avait obtenu un concordat et celui où il n'en avait pas obtenu. C'est dans le premier que le droit du bailleur pourra se trouver paralysé, les créanciers lui payant, s'il est nécessaire, les termes à échoir et veillant au payement de chaque échéance, le failli restant dans les lieux loués avec son mobilier, pour continuer son industrie ou son commerce. C'est à défaut de concordat que des termes seront en retard, sans que nul songe à les acquitter, que les meubles seront vendus, soit en bloc, soit en détail, en un mot que le privilége du bailleur aura l'occasion de s'exercer.

Mais, dans le cas même où un concordat a été conclu, un retard peut ouvrir le droit du bailleur aux voies d'exécution, la vente du mobilier peut avoir lieu. Alors le bailleur se prévaudra de son privilége.

M. Labbé [2] semble être d'un avis contraire. Il enseigne que le concordat est obligatoire pour tous les créanciers sans exception, même pour les créanciers privilégiés, hypothécaires ou nantis : il ne faut pas dire que ceux-ci ne puissent plus se

[1] Dans notre précédent article (*Revue critique*, t. XXIX, p. 6, juillet 1866), nous avons cité en note deux passages de M. Valette, empruntés l'un et l'autre à son *Traité des priviléges et des hypothèques*. Ces passages se rapportent tous deux, et non pas seulement le second, comme nous l'avions indiqué, à l'explication de l'article 2102-1°. — En outre le second passage (n° 61, p. 67), où nous avons cru voir admis par M. Valette le système favorable à l'idée d'une simple déchéance du terme accordé au locataire, se trouve précisément, ce que nous avons omis d'indiquer, en note de la phrase du texte ainsi conçu : « Il y a donc ici plus qu'une déchéance du bénéfice du terme. » A. D.

[2] *L. c.*

Digitized by Google

prévaloir de leurs causes de préférence ou qu'ils subissent la rédaction proportionnelle des créances : « Mais, abstraction faite du privilége qui reste intact et régi par le droit commun, le locateur doit respecter le concordat et ne peut plus invoquer l'exigibilité anticipée de dettes non échues; il ne le peut pas plus que ne le pourrait tout autre créancier à terme; il serait illogique d'admettre que la faillite, quoique suivie d'un concordat, aggravât la condition du débiteur au point de vue de l'exercice du privilége dont ses biens sont grevés. »

En premier lieu, est-il vrai que l'exigibilité anticipée disparaisse par l'effet du concordat? Le concordat ne rétablit pas les choses dans l'état où elles étaient avant la faillite. Il crée un état nouveau, dans lequel les anciens délais peuvent être pris en considération, rétablis même. Mais ce rétablissement n'a pas lieu de plein droit. En second lieu, les créanciers hypothécaires, privilégiés ou nantis, sont en dehors de la faillite, et, par conséquent, ne sont pas soumis au concordat en tant qu'ils exercent leur droit de préférence; or nous supposons qu'il y a lieu à l'exercice du privilége du locateur. Le rétablissement des anciens termes n'est pas plus opposable aux créanciers préférables, exerçant leurs droits, que l'établissement de délais nouveaux.

12. Le Code Napoléon a voulu dédommager les créanciers forcés de subir un tel privilége, en leur donnant « le droit de relouer la maison ou la ferme pour le restant du bail et de faire leur profit des baux et fermages » (art. 2102-1°).

Il nous paraît incontestable que les créanciers auront ce droit, soit que le contrat permette, soit qu'il défende au locataire de sous-louer ou de céder son bail. La disposition serait inutile, si l'application n'en était pas faite à la deuxième hypothèse [1].

Quand le prix des meubles affectés au privilége est suffisant pour désintéresser complétement et immédiatement le locateur, aucune difficulté ne s'élève. Les créanciers usent de leur faculté et font leur profit des baux ou fermages.

Au contraire, quand le propriétaire n'est pas complétement

[1] M. Duranton, t. XVII, n° 39, et t. XIX, n° 90. — M. Troplong, *Des priv.*, t. I, n° 155. — M. Valette, *Des priv.*, n° 64, p. 78. — MM. Aubry et Rau, t. II, p. 614, § 261, note 30. — M. Pont, *Des priv.*, n° 128. — Rouen, 29 juin 1859, *cit.*

Digitized by Google

satisfait, le Code veut que les créanciers lui payent tout ce qui lui serait encore dû. Cette disposition nous paraît leur imposer l'obligation d'acquitter immédiatement ce qui n'est pas couvert par la vente des meubles. Nous ne pouvons croire que le Code mette seulement à leur charge le payement des loyers à chaque terme, et il nous semble que le texte de l'article 2102-1° est décisif contre une telle opinion. L'intention des rédacteurs est claire : ils veulent placer le bailleur dans la position où il se trouverait, si le prix des meubles était égal à sa créance. Pourquoi cette phrase : « à la charge toutefois de payer au propriétaire tout ce qui lui serait encore dû, » s'il ne s'agit point d'un payement immédiat? Quelqu'un aurait-il imaginé que le Code autorisât les créanciers à relouer et à faire leur profit des baux et fermages, sans que le propriétaire eût rien à prétendre? Mais, dira-t-on, il était nécessaire d'exprimer qu'ils seraient personnellement responsables, car, à défaut d'une disposition expresse, le bailleur n'aurait eu en face de lui que l'ancien preneur et le sous-locataire, engagé dans la mesure qu'indique l'article 1753. Il n'en est rien : l'article accordait aux créanciers un droit propre et personnel; ce qui le prouve, c'est qu'ils pouvaient en user nonobstant toute clause d'interdiction dans le bail et quoique les clauses de ce genre fussent « toujours de rigueur » (art. 1717-3°) : or, dès qu'ils relouaient en vertu d'un droit personnel, ils n'auraient pu prétendre qu'ils ne devenaient pas personnellement responsables envers le bailleur du payement des loyers, qu'ils n'en étaient pas directement chargés. Remarquons les termes employés : « à la charge de *payer*. » C'est d'un payement qu'il s'agit, non d'une simple obligation : « *Tout* ce qui lui serait encore dû. » Le soin avec lequel est indiqué le payement intégral montre bien que ce payement doit être immédiat : si l'obligation des créanciers se bornait à solder chaque terme, l'insertion du mot *tout* serait inutile. Il n'est pas jusqu'aux derniers mots : « ce qui lui serait encore dû, » dont nous ne puissions tirer argument. N'indiquent-ils pas un reliquat, la partie d'un tout, d'une masse [1]?

[1] Telle paraît être la doctrine de la Cour de cassation, qui, notamment dans l'arrêt du 11 janvier 1860, parle de *l'avance du surplus*. — V. aussi Rouen, 22 juin 1859. — Dans le même sens, MM. Aubry et Rau, t. II,

UNIV. OF MICH. LAW LIBRARY

Digitized by Google

Si le prix des meubles est insuffisant, il est loisible aux créanciers de ne fournir pas ce qui manque. Seulement ils doivent renoncer au droit de relouer. Nous croyons toutefois qu'ils pourront relouer pour tout le temps dont le payement est fait d'avance par ce prix. Il serait inique, et le législateur n'a pu admettre que le bailleur cumulât, pendant un temps, si court qu'il fût, le loyer et la jouissance de la chose ou un second loyer [1].

13. Nous n'avons pas eu à distinguer selon que le contrat permettait ou interdisait, soit de sous-louer, soit de céder le bail. Dans le système que nous avons adopté, cette distinction n'a pas d'intérêt. Pour ceux qui adoptent le système contraire, elle en offre beaucoup. On peut soutenir, quand le preneur a gardé la faculté de sous-louer, que ses créanciers exercent cette faculté, en relouant ou en cédant le bail, qu'ils invoquent le droit commun de l'article 1166, non le droit exceptionnel de l'article 2102-1°, que dès lors il n'y a pas lieu à l'exercice du privilége pour les loyers à échoir, malgré la vente du mobilier au tiers cessionnaire du bail. Le même argument ne peut convenir au cas où le bail contient une interdiction de sous-louer, car il est évident que les créanciers recourent à la disposition spéciale de l'article 2102-1°; or ils ne peuvent scinder l'article; le prix de la vente doit être consacré aux loyers à échoir, et ce qui reste dû est payé par les créanciers, soit immédiatement, soit à chacun des termes à venir, selon le sens qu'on donne aux derniers mots du paragraphe.

M. Mourlon, en commençant sa dissertation, suppose que le failli a, d'après les arrangements pris avec le bailleur, la pleine et entière disposition de son bail. Cette supposition est nécessaire pour le développement de sa thèse.

Il est vrai que la distinction est peu favorable au système qui est obligé de la faire. Rien ne permet de restreindre l'article 2102-1° à l'hypothèse où la cession de bail est interdite; les termes de cet article sont assez généraux pour la comprendre, mais ils n'excluent pas l'hypothèse contraire; la dé-

p. 613, § 261, note 28. — *Contrà* M. Duranton, t. XIX, n° 91. — M. Valette, n° 64. — M. Pont, n° 129.

[1] En ce sens, M. Valette, n° 64; — M. Pont, n° 129; — MM. Aubry et Rau, p. 261, texte; — et implicitement Cass. 4 janvier 1860, *cit.*; — *Contrà* M. Duranton, *loc. cit.*

Digitized by Google

cision est commune à l'une et à l'autre. Pourquoi le payement aurait-il lieu dans la première, non dans la seconde?

Cette même distinction présente un inconvénient grave. S'il est une fois établi que l'interdiction de sous-louer présente un si grand avantage aux propriétaires, peut-on douter que ceux-ci ne l'insèrent dans tous leurs baux, qu'elle ne devienne une clause de style et ne constitue ainsi le droit commun dans la pratique?

14. Dans les cas, quels qu'ils soient selon les diverses opinions, où le bailleur a droit au payement immédiat des loyers à échoir, il est évident qu'il peut demander la consignation, mais qu'il n'est pas tenu de l'accepter, si les autres créanciers la lui offrent [1].

IV.

15. On s'est demandé si la faillite est une cause de résiliation du bail, permettant au bailleur de reprendre les lieux loués, à la condition de renoncer aux loyers à échoir. Il serait possible qu'il y trouvât son avantage, espérant un loyer plus élevé, si le locataire avait fait dans la maison des travaux considérables, si la valeur locative avait augmenté depuis la formation du contrat, à raison de travaux publics dans le voisinage ou de l'élévation générale des loyers.

Il est certain et généralement reconnu que la faillite n'est point par elle-même une cause de résolution du bail. Il n'est point permis d'ajouter aux causes de résolution limitativement fixées par la loi.

16. Si la résiliation n'a pas lieu de plein droit, la faillite, qui change si complétement la situation du preneur, et les conditions en vue desquelles le bail a été conclu, ne donne-t-elle aucun droit au bailleur? Ne faut-il pas reconnaître que celui-ci peut, à son gré, demander, ou le payement immédiat des loyers à échoir, ou la résiliation? C'est ce que la Cour de cassation a décidé par son arrêt du 4 janvier 1860.

Les deux arrêts du 28 mars 1865 vont moins loin. Dans le cas où le propriétaire n'est pas payé des loyers à échoir, ils lui permettent « de se prévaloir du privilége constitué par

[1] Orléans, 10 novembre 1865.

Digitized by Google

l'article 2102, ou de demander la résiliation du contrat, conformément à l'article 1184 du Code Napoléon. » L'option ne s'exerce pas, si les créanciers s'entendent pour payer au bailleur les loyers à échoir. Les deux arrêts rendus sur renvoi par la Cour d'Orléans consacrent la même doctrine.

Mais ce droit d'option n'est pas écrit dans la loi. Cette fin de non-recevoir suffit pour écarter le système de l'arrêt du 4 janvier 1860. Quant à celui des deux arrêts de 1865, il se fonde sur l'article 1184. Cet article trouve son application quand l'une des deux parties n'a point satisfait à son engagement. Or le locataire est engagé à payer tous les loyers à échoir, par l'effet du jugement déclaratif de faillite; s'il manque à cet engagement, le locateur peut se prévaloir du principe général de l'article 1184. Mais dans ce raisonnement une circonstance importante est omise; il ne suffit pas que le locataire manque à son engagement, il faut que le créancier réclame l'exécution. La réclamer à un moment où, suivant la doctrine que nous avons adoptée, le privilége ne pourrait être invoqué, ce serait renoncer au privilége, entrer dans la masse et subir la réduction à un dividende. Le locateur ne s'expose pas au concours des autres créanciers; il aime mieux attendre le terme, pour être payé intégralement, grâce à son privilége, devenu efficace. Mais alors il ne peut se plaindre de l'inexécution des obligations du locataire; il ne peut invoquer la condition résolutoire tacite.

17. Un système, moins goûté aujourd'hui de la jurisprudence, mais plus d'une fois consacré par elle et soutenu par des auteurs considérables, est celui qui consiste à soutenir que le bailleur peut exiger un supplément de garantie, dans le cas où le preneur tombe en faillite.

« Le bailleur, dit M. Duvergier[1], ne saurait être obligé d'attendre les échéances ordinaires, lorsque la faillite du preneur donne un juste sujet de craindre que les loyers ne soient pas exactement acquittés; il ne peut être condamné à laisser continuer la jouissance, lorsqu'il y a pour lui un danger manifeste de ne pas recevoir le prix... La jurisprudence a admis un sage tempérament; elle a autorisé la continuation du bail nonobstant la faillite, en exigeant du failli une caution...

[1] *Traité du louage*, t. I, n° 538.

Digitized by Google

Dans le cas de faillite, le mobilier qui forme son gage (du bailleur) reste dans les lieux loués; c'est la solvabilité personnelle du preneur qui seule éprouve une atteinte, et ce que le bailleur perd par là de garantie est suffisamment compensé par la caution qui lui est donnée [1]. »

La caution n'est donnée ici qu'à titre d'exemple. Le preneur pourrait procurer une hypothèque. La consignation même a été proposée à titre de garantie.

Il faut écarter cette idée qu'un sage tempérament a pu être apporté à la loi. Si le bailleur a le droit de faire résilier ce bail, ce droit ne saurait lui être enlevé malgré lui.

Le système s'appuie sur une considération plus grave. La solvabilité personnelle du preneur a été prise en considération lors de la formation du contrat. La faillite, en la faisant disparaître, prive le bailleur de la garantie sur laquelle il avait compté. N'est-il pas juste qu'une garantie nouvelle lui soit accordée? Oui, le législateur aurait pu, peut-être aurait-il dû l'accorder : il ne l'a pas fait. Sans doute il a compris que la faillite des locataires pouvait créer un danger pour les locateurs. Mais il a organisé, dans l'intérêt de ceux-ci, un système complet de protection, où le supplément de garantie n'a point trouvé place. Il a pensé qu'ils seraient suffisamment tranquilles, les lieux loués étant garnis de meubles, ces meubles étant affectés à un privilége, et ce privilége pouvant s'exercer pour tous les loyers même à échoir. Aussi n'a-t-il pas reproduit au titre *du Louage* les dispositions qu'il avait prises au titre *de la Vente* pour le cas où l'acheteur tombe en faillite.

Ce sont ces dispositions qu'on voudrait étendre au louage, l'article 1613 : « Il (le vendeur) ne sera pas non plus obligé à

[1] Cf. M. Pardessus, n° 1128; — M. C. Martinet dans l'article précité. — Faut-il ranger M. Troplong parmi les auteurs qui soutiennent la même doctrine? Nous ne le croyons pas; l'illustre magistrat dit seulement : « On remarquera que notre article ne place pas la faillite parmi les causes de résiliation du bail. Elle ne pourrait en effet devenir une cause de rupture qu'autant que le bailleur perdrait toute garantie de payement; car alors elle ferait rentrer les choses dans le cercle de notre article. Il y aurait de la part du preneur manquement à l'une des obligations capitales du contrat. Mais si le failli ou ses représentants offraient une caution suffisante, le bailleur serait sans intérêt à insister sur la résiliation. » — V. Req. 16 décembre 1807, exigeant une hypothèque; et Paris, 16 août 1825, exigeant des sûretés supplémentaires.

Digitized by Google

la délivrance, quand même il aurait accordé un délai pour le payement, si, depuis la vente, l'acheteur est tombé en faillite ou en état de déconfiture, en sorte que le vendeur se trouve en danger imminent de perdre le prix; *à moins que l'acheteur ne lui donne caution de payer au terme,* » l'article 1655 : « La résolution de la vente d'immeubles est prononcée de suite, si le vendeur est en danger de perdre la chose et le prix... » Mais il y a une première raison pour ne pas appliquer ici ces articles, c'est qu'ils ne sont pas reproduits et que le législateur n'y renvoie pas dans le titre consacré au louage. L'extension qui en serait faite ne se justifierait que par l'analogie des positions, et celle-ci n'existe pas. Le bailleur, en cas de faillite du locataire, court un moins grand péril que le vendeur, en cas de faillite de l'acheteur; le premier n'est exposé à perdre que le loyer pendant un certain temps, le second peut être à jamais privé de la chose et du prix. La décision spéciale de l'article 1613 est fondée sur un droit de rétention, reconnu au profit du vendeur qui a la chose vendue entre les mains; il ne saurait être question de rétention pour le locateur, après la délivrance faite [1].

La solution que nous donnons nous dispense d'examiner quelles devraient être la nature et l'étendue des garanties supplémentaires réclamées par le bailleur, quel serait sur ces questions le pouvoir des tribunaux et quelles règles ils devraient suivre pour les trancher.

18. La faillite peut entraîner indirectement l'effet qu'elle ne produit pas directement. La résolution sera demandée, si les engagements du preneur ne sont pas remplis, en vertu de l'article 1741, si la maison n'est pas garnie de meubles suffisants ou que le bailleur ne reçoive pas de sûretés capables de répondre du loyer, en vertu de l'article 1752 [2], dans d'autres hypothèses, en vertu de l'article 1766. La faillite rend probable l'arrivée de l'une des conditions résolutoires indiquées par la loi, sans être elle-même au nombre de ces conditions.

[1] Le système de M. Duvergier est victorieusement réfuté par M. Labbé, *l. c.* — Cf. Paris, 16 mars 1840 (D. P., 47, 2, 170).

[2] Les Cours de Caen, 29 août 1846 (D. P., 47, 2, 170), et de Paris, 20 février 1847 (D. P., 47, 4, 325), ont décidé que le bail devait être résilié, si le bailleur n'avait plus de sûretés *suffisantes.* Il semble bien que le passage de M. Troplong, cité *suprà*, s'applique à cette hypothèse.

Digitized by Google

Dans le cas où les meubles affectés au privilége sont vendus, et où le prix est insuffisant pour couvrir tous les loyers à échoir, si les créanciers ne complètent point la somme due, la résolution a lieu pour le temps correspondant au reliquat non payé. C'est encore une conséquence indirecte de la faillite.

19. Les principes que nous avons cherché à poser s'appliquent au cas où le preneur tombe en faillite après avoir sous-loué ou cédé son bail, si le contrat lui en laisse le droit. Il ne suffira donc pas de la faillite du preneur pour que le sous-locataire ou cessionnaire du bail soit expulsé, il faudra qu'une des conditions résolutoires expressément prévues par la loi vienne à se réaliser. La plupart du temps, ce sera du sous-locataire, du cessionnaire lui-même qu'il dépendra d'empêcher cette réalisation et l'expulsion qui en serait la suite, en payant régulièrement les loyers, en plaçant ou en maintenant dans les lieux loués les sûretés suffisantes, etc.

20. MM. Aubry et Rau enseignent[1] que les créanciers ne peuvent relouer, le contrat de louage ne renfermât-il pas d'interdiction de sous-louer ou de céder le bail, si le locateur préfère résilier, plutôt que de se faire payer les loyers à échoir : « La loi, considérant le bail comme rompu par la déconfiture du preneur et par la distribution du prix de son mobilier, suppose que ce dernier doit vider les lieux ou abandonner la culture, et ne réserve aux créanciers le droit de relouer l'immeuble que dans le cas où le bailleur a fait valoir ses priviléges pour des termes non échus. Les créanciers ne peuvent pas contre le gré du bailleur se substituer au preneur quant à ses engagements, on ne voit pas non plus à quel titre et de quel droit ils exerceraient la faculté de sous-louer. »

C'est aller bien loin : une telle doctrine ne semble convenir qu'à l'hypothèse où le contrat interdit la sous-location et la cession de bail. A défaut de cette interdiction, les créanciers, trouvant dans le patrimoine de leur débiteur un droit qui n'est pas attaché à sa personne, l'exercent en vertu de l'article 1166. La sous-location ou cession de bail pourra être faite après la faillite, comme celle qui aura été faite antérieurement devra être maintenue. Le bailleur n'est pas autorisé à résoudre le bail par un acte de sa volonté. Le preneur ne cesse pas d'être

[1] § 261, note 31.

Digitized by Google

obligé envers lui, et par suite il ne peut se plaindre qu'une substitution de débiteur lui soit imposée. Ce débiteur, il est vrai, est en faillite, mais ce fait seul ne suffit point pour amener de plein droit la résiliation ou pour permettre au bailleur de la demander [1].

V.

21. Les observations qui précèdent s'appliquent au bail en cours d'exécution. Si le bail est conclu, mais que l'exécution n'en soit pas commencée, la faillite rend-elle exigible la créance des loyers à échoir dans toute son étendue? Le bailleur n'a pas intérêt à le prétendre, car il n'aurait qu'un dividende; son privilége n'est pas encore né, puisque le locataire n'a pas pris possession des lieux loués et n'a pu les garnir de meubles. S'il n'invoque pas l'article 444 du Code de commerce, les créanciers ne peuvent pas l'invoquer contre lui, précisément pour le réduire à un dividende et exclure d'avance son privilége. C'est ici que s'applique la règle admise par la jurisprudence et rappelée par M. Mourlon sur les obligations synallagmatiques auxquelles un terme est apposé de part et d'autre. Il faut au moins que la délivrance soit opérée et que le locataire soit entré en jouissance pour que l'article 444 reçoive son application; nous nous approprierons ce que la Cour de Bordeaux disait d'une vente à terme : « Attendu qu'il ne s'agit point d'une simple dette ou engagement exigible à un terme fixe; — que le payement du prix était subordonné à la livraison, et que le terme accordé au vendeur pour livrer n'étant pas annulé par la faillite, il en résulte qu'elle n'a pas non plus annulé celui qui avait été fixé pour le payement, et que, dans cette hypothèse, l'article 444 du Code de commerce n'est pas non plus applicable [2]. » Ainsi l'article 444 ne pourra être invoqué ni par le bailleur ni par les autres créanciers du preneur.

D'un autre côté, la faillite ne résout pas le contrat et ne donne pas au bailleur le droit d'exiger des garanties supplémentaires.

Mais il faut que celles qui lui sont accordées par la loi lui

[1] En ce sens, M. Valette, n° 64; — M. Pont, n° 128.
[2] Bordeaux, 16 juillet 1840; D. A., v° *Faillite*, n° 248.

Digitized by Google

soient fournies. Ainsi la résolution sera prononcée, si le locataire failli se présente pour entrer dans la maison, sans la garnir de meubles suffisants et sans donner de sûretés capables de répondre des loyers (art. 1752). La plupart du temps il ne pourra remplir cette condition, et le contrat sera résolu.

Ici il est important de distinguer selon que le bail ne contient pas ou qu'il contient interdiction de sous-louer.

Si le preneur a la disposition du bail, ses créanciers peuvent certainement en disposer à sa place; peu importe qu'ils aient vendu le mobilier en détail à des tiers ou en bloc au cessionnaire du bail. Cette vente, de quelque manière qu'elle soit faite, n'a pas donné lieu à l'exercice du privilége du bailleur pour les loyers à échoir; car ce privilége était subordonné à la condition que les lieux loués seraient garnis du mobilier; il n'est pas né, la condition n'ayant pas été remplie. D'un autre côté, le bailleur peut exiger que le locataire garnisse la maison de meubles suffisants; nous supposons que le mobilier apporté par le nouveau preneur, quelle qu'en soit l'origine, est suffisant.

Il serait possible que les créanciers eussent, non pas cédé le bail aux conditions du contrat primitif, mais sous-loué moyennant un prix moins élevé. Le sous-locataire ne serait tenu et ses meubles ne serviraient de garantie que jusqu'à concurrence du prix de la sous-location (art. 1753-1°). Le bailleur pourrait demander aux créanciers une garantie complémentaire pour la différence, et, s'ils ne la fournissaient pas, faire résilier. Mais cette hypothèse ne se présentera point en pratique. Les créanciers ne songeront pas à une sous-location qui ne serait point faite aux conditions du contrat primitif, sinon à des conditions plus avantageuses.

Si le preneur ne peut disposer du bail, l'interdiction s'étend à ses créanciers. Le droit de relouer nonobstant cette interdiction ne leur est accordé que par dérogation au droit commun et dans les circonstances indiquées à l'article 2102-1°. Ces circonstances faisant défaut, le droit commun reprend son empire, et les créanciers sont liés par la convention.

Digitized by Google

VI.

22. Voici les conclusions auxquelles nous arrivons.

1° La créance du bailleur pour les loyers à échoir est une créance à terme;

2° Donc cette créance devient exigible lorsque le locataire débiteur fait faillite (art. 1188 C. Nap.), par l'effet du jugement déclaratif de faillite (art. 444 C. comm.);

3° Cette exigibilité anticipée ne donne point par elle-même au bailleur le droit de poursuivre son remboursement sur les biens affectés à son privilége;

4° Ce remboursement pourra être réclamé en vertu du privilége sur les biens qui y sont affectés, une fois qu'ils auront été vendus, soit sur l'initiative du bailleur lui-même, agissant du chef de créances échues conformément au droit commun, soit à la requête des autres créanciers;

5° Le droit du bailleur s'exerce, de quelque manière et à quelque personne que soit faite la vente, même si elle est faite en bloc au cessionnaire du bail et que celui-ci laisse les meubles dans les lieux loués;

6° Si le prix des meubles ne suffit point pour payer intégralement les loyers à échoir, les autres créanciers du locataire failli ne peuvent relouer et faire leur profit des baux, qu'à la condition de payer immédiatement tout ce qui serait encore dû au bailleur;

7° Il n'y a pas à distinguer, selon que le contrat contient ou ne contient pas interdiction de sous-louer ou de céder le bail;

8° La faillite ne résout point le bail, ne donne pas au bailleur la faculté d'opter entre la résiliation et le payement immédiat des loyers à échoir, ni celle de demander en tous cas la résiliation, à défaut de payement, ni le droit de réclamer des garanties supplémentaires;

9° Quand l'exécution du bail n'est pas commencée, la créance du bailleur pour les loyers qui sont tous à échoir n'est pas encore garantie par un privilége; il peut ne pas se prévaloir de l'exigibilité anticipée. Il est tenu d'exécuter, pourvu que les sûretés auxquelles il a droit lui soient fournies. Si le contrat ne contient pas interdiction de sous-louer ou de céder le bail,

Digitized by Google

c'est au nouveau preneur à fournir les sûretés, et le bailleur ne peut se prévaloir de l'exigibilité anticipée pour se faire payer par privilége les loyers à échoir sur le prix de vente des meubles ayant appartenu au premier preneur. Si le contrat interdit de sous-louer ou de céder le bail, cette interdiction s'étend aux créanciers.

VII.

23. Nous avons écarté jusqu'à présent les considérations tirées de la position respective du bailleur, du failli, des créanciers, des sous-locataires ou cessionnaires de bail, parce qu'elles nous ont paru propres à agir sur la décision du législateur plutôt que sur l'opinion de l'interprète. C'est maintenant que nous pouvons les examiner.

Le bailleur, dit-on, n'a pas d'intérêt légitime à demander le payement immédiat des loyers à échoir et, à défaut de ce payement, la résolution. Tout ce qu'il est en droit d'exiger, c'est que le payement ultérieur et régulier lui soit assuré après la faillite comme avant. La sûreté existe si le mobilier qui garnit la maison n'est pas enlevé ou diminué, à plus forte raison s'il est augmenté, ou si le preneur a fait dans les lieux loués des travaux peut-être considérables, qui leur ont donné une plus grande valeur locative.

La demande du bailleur, qui n'est pas justifiée par un intérêt légitime, est de plus inique en elle-même et peut causer le plus grave dommage au failli et à ses créanciers. Elle entraînera, soit le payement immédiat, soit la résolution. Dans le premier cas, la plus grande partie de l'actif, tout l'actif peut-être sera absorbé par la créance privilégiée du bailleur, encore faudra-t-il que les créanciers, s'ils veulent relouer, complètent de leurs deniers la somme nécessaire; si la chose périt et que le propriétaire, qui a touché une somme peut-être immense, soit insolvable le jour où il devra la restituer, tout est perdu pour le failli et pour la masse. Dans le second cas, ces créanciers ne peuvent user du droit de relouer, ils sont en même temps privés de la faculté de céder l'industrie ou le commerce de leur débiteur, attachés d'ordinaire aux lieux où ils s'exerçaient; si les travaux faits par celui-ci ont donné à la maison une plus grande valeur locative, ce sera le bailleur

Digitized by Google

qui en profitera indûment au préjudice de la masse, il relouera plus cher et trouvera dans la faillite une occasion de bénéfice. Quant aux sous-locataires ou cessionnaires de bail, la résiliation leur cause un préjudice manifeste, quoiqu'ils ne soient nullement responsables de la faillite et lors même qu'ils ont exactement rempli leurs obligations.

M. Bertin[1] calcule qu'il y a en moyenne mille faillites par an à Paris; une sur deux fera naître la question qui nous occupe. La durée moyenne des baux est de dix ans, la valeur moyenne de 4,000 francs. Ainsi aura lieu, au profit des propriétaires, un prélèvement annuel de vingt millions sur les faillites. Si le bail est résolu, ils auront une maison « qu'ils ont livrée délabrée, qu'ils reprendront réparée, ornée, embellie, augmentée par des constructions, qu'ils reloueront pour un prix double avec l'espérance que le nouveau locataire, confiant dans la durée de son bail, fera de nouvelles dépenses qui pourront déterminer une nouvelle faillite, suivie d'une nouvelle demande en résolution qui aboutira à une nouvelle augmentation de loyers. »

De son côté, M. Mourlon[2] pose la question en ces termes : « Nos lois confèrent-elles aux propriétaires-locateurs le droit, quand leur locataire fait faillite, de s'enrichir à ses dépens ou d'achever de le ruiner, quoiqu'ils n'aient à le faire aucun intérêt légitime et appréciable? » et il suppose un bail de 50,000 francs pour cinquante ans, qui donnerait au propriétaire le droit de se faire payer sur-le-champ deux millions, si la faillite arrivait au bout de dix ans.

L'un et l'autre s'appuient de l'autorité de M. Denière, ancien président du tribunal de commerce de la Seine, et de M. Blanche, avocat général à la Cour de cassation, qui ont tous deux sollicité l'intervention du législateur en faveur du failli, de ses créanciers et de ses ayants cause[3].

24. Les considérations qui viennent d'être indiquées et qui empruntent une force nouvelle aux exemples rappelés ou imaginés, fussent-elles complétement vraies en elles-mêmes,

[1] Articles du *Droit*, précités.

[2] Dissertation précitée.

[3] Le premier, dans un discours prononcé au tribunal de commerce (*Gazette des trib.*, 11 juillet 1861); le second, dans un discours de rentrée de 1861.

Digitized by Google

ne devraient pas prévaloir contre le texte précis et l'esprit manifeste de la loi. Sont-elles complétement vraies? Nous sommes loin d'en nier la force, mais nous craignons qu'une part d'exagération, c'est-à-dire d'erreur, ne s'y mêle à une part de vérité.

Le bailleur a droit à des sûretés réelles. Est-ce tout? Le bail est conclu avec une certaine personne. La considération de la personne est l'un des motifs principaux de la convention, quand celle-ci contient interdiction de sous-louer ou de céder le bail. A défaut de cette clause, elle ne devient pas entièrement indifférente. Le bailleur a le plus grand intérêt à ce que sa ferme soit aux mains d'un homme probe, intelligent et actif, qui la lui rendra bien cultivée, à ce que sa maison soit occupée par un homme honnête et soigneux, qui n'y commettra de dégradations d'aucun genre, incapable de diminuer secrètement les sûretés qu'il y aura introduites ostensiblement. D'un côté, toute surveillance est difficile, une surveillance continue est impossible; de l'autre, les moyens de faire réparer le dommage causé ou rétablir les sûretés enlevées sont souvent illusoires. On voit quels périls peut présenter la substitution d'un preneur à un autre. Le bailleur, dit-on, avait dû les prévoir et ne s'en était pas laissé effrayer, puisqu'il n'avait pas interdit la sous-location et la cession de bail. Sans doute, mais le preneur devait toujours demeurer responsable envers lui[1]; que devient cette responsabilité après la faillite? Si le bailleur est mis en face des créanciers qui se chargent de le payer, il ne court peut-être pas de danger, mais il rencontre un sérieux inconvénient dans cette responsabilité collective qui lui prépare des difficultés et des retards à chaque terme. La faculté de résilier, soit à défaut de payement, même pour un seul terme, soit dans le cas où le preneur use mal de la chose, ne donne ou ne laisse pas les sûretés nécessaires, n'est qu'une ressource précaire : c'est une position désastreuse que celle d'un propriétaire toujours à la veille d'une résiliation.

L'importance de la garantie personnelle a paru grande à la jurisprudence; d'où la résiliation mise à la disposition du bailleur, le droit reconnu à celui-ci d'exiger une garantie supplémentaire, quand le locataire tombe en faillite. Nous croyons

[1] MM. Aubry et Rau, t. III, p. 356, § 368.

Digitized by Google

que sur ce point la jurisprudence a dépassé la loi en ajoutant, contre son esprit, une protection nouvelle et étrangère à un système complet par lui-même. Mais l'idée, de laquelle a été tirée cette conclusion inexacte, est parfaitement juste. Il était permis au législateur de prendre des dispositions particulières pour que la faillite du locataire ne causât aucun préjudice au locateur.

Le bailleur a donc un intérêt légitime à faire valoir, comme il a le moyen de le faire valoir quand le mobilier garnissant les lieux loués vient à être vendu. Mais ce principe ne mène-t-il pas à des conséquences exorbitantes, le payement immédiat et intégral des loyers à échoir et subsidiairement la résiliation ?

Parlons d'abord de la résiliation. On semble admettre qu'elle procure toujours un immense avantage au bailleur, et l'on cite des espèces où cet avantage se présente. Nous les écarterons. M. Bertin dit que ce ne sont pas des hypothèses chimériques : ce sont du moins des hypothèses exceptionnelles. L'idée qui a toujours dominé dans l'ancien droit et jusqu'à ces derniers temps sous l'empire du Code Napoléon, c'est au contraire que la résiliation nuit au bailleur, exposé à perdre un ou plusieurs termes, en attendant une occasion de relouer, et, l'occasion trouvée, à subir une diminution de loyer. De Ferrière, supposant le bail résilié pour défaut de payement des loyers, dit : « Il (le propriétaire) peut faire condamner son locataire à le dédommager de la perte qu'il peut recevoir, faute d'avoir loué sa maison pendant quelques termes, ou pour ne l'avoir pu louer pour le même prix pendant le temps qui restait à expirer du bail, pour lesquels dédommagement et reste du prix de loyer, le propriétaire a hypothèque sur les immeubles du locataire du jour du bail[1]. » Quand le bail est résilié par la faute du locataire, « celui-ci est tenu de payer le prix du bail pendant le temps nécessaire à la relocation (art. 1760; et pour les biens ruraux, art. 1764 et 1766). » Les faits n'ont pas démenti la prévision séculaire du législateur. A cette heure même, dans les trois quarts de la France, toute résiliation est préjudiciable, quelquefois désastreuse pour le bailleur. La faillite du preneur est notamment une cause de défaveur pour les lieux loués. Il

[1] Sur la coutume de Paris, art. 171, n° 50, éd. 1685.

Digitized by Google

est vrai qu'à Paris et dans quelques grandes villes le fait contraire s'est présenté : un mouvement extraordinaire s'y est produit; on suivait, en quelque sorte, jour par jour, la marche ascendante des loyers; en relouant un, deux, cinq ans après le premier bail, on pouvait espérer à coup sûr une augmentation considérable; la résiliation offrait un avantage évident. A ce fait général se joignit dans des cas particuliers une circonstance non moins favorable pour le propriétaire; certains locataires, emportés par des espérances sans mesure, construisaient eux-mêmes sur les lieux loués, pensant que, dans la durée du bail, ils arriveraient facilement à couvrir leurs dépenses et à réaliser des bénéfices. Le jour où le bail était résilié, la plus-value, résultant des travaux et s'ajoutant à celle qui résultait des circonstances générales, tournait au profit du bailleur. Les créanciers qui avaient contribué à ces constructions, qui comptaient sur la faculté de relouer et de perpétuer le commerce de leur débiteur, en le transmettant à des mains plus habiles ou plus heureuses, se voyaient frustrés dans leurs espérances et peut-être condamnés à la ruine. Mais ces espèces, si intéressantes qu'elles soient, représentent-elles l'état général et permanent des choses? Les prendre exclusivement en considération pour trancher la question posée, n'est-ce pas substituer au droit absolu un droit relatif, fait pour un certain temps et pour de certains lieux?

Le sort des sous-locataires ou cessionnaires avec lesquels le preneur a traité avant la faillite, usant du pouvoir que lui laissait son bail, n'est pas aussi intéressant qu'on le fait. La faillite du preneur ne suffit pas à elle seule pour résilier le bail, nous l'avons dit. Elle rend les loyers à échoir exigibles contre le failli. Mais de deux choses l'une, ou le bailleur se prévaut de cette exigibilité, mais par là même il confirme en quelque sorte le bail pour tout le temps qui reste à courir; lui-même ne pourra exercer immédiatement son privilége; car le sous-locataire ou cessionnaire du bail n'est pas failli et ses meubles qui garnissent les lieux loués ne sont pas vendus. Ou le bailleur attend le moment où il lui sera possible d'exercer son droit sur le mobilier du sous-locataire ou cessionnaire du bail; celui-ci est en sûreté si, par la régularité de ses payements, il rend cet exercice inutile et impossible.

Mais la résolution n'est pas le droit strict accordé au bail-

Digitized by Google

leur, quand le preneur tombe en faillite : c'est le payement immédiat de tous les loyers à échoir; si les meubles sont vendus, ce payement a lieu pour le tout; en cas d'insuffisance du prix de vente, les créanciers, s'ils veulent relouer pour tout le restant du bail, doivent fournir ce qui manque, c'est-à-dire, contribuer de leurs deniers à l'acquittement de la dette de leur débiteur.

Cette dernière décision n'a rien d'exorbitant; il dépend des créanciers de payer ou de ne payer pas. Ils font ce que leur prescrit leur intérêt.

Au contraire ils ne peuvent se soustraire au payement immédiat des loyers à échoir jusqu'à concurrence du prix des meubles vendus. Or ce payement absorbe peut-être la plus grande partie ou la totalité de l'actif : de plus, si la chose périt ensuite, il aura été fait indûment et le recours contre le bailleur sera illusoire, dans le cas où il sera devenu insolvable.

L'inconvénient signalé en dernier lieu n'a pas effrayé les rédacteurs du Code. Dans quelque mesure que les interprètes restreignent l'application de l'article 2102-1°, ils ne peuvent le supprimer entièrement. Il y aura toujours une hypothèse où, d'après cet article, le bailleur sera payé des loyers à échoir sur le prix des meubles, celle où les meubles auront été enlevés des lieux loués. Or la chose peut périr, le bailleur payé peut devenir insolvable. Le législateur n'a pas prévu ce péril ou ne l'a pas pris en considération. A-t-il eu tort? On parle d'inconvénients pratiques; le cas que nous indiquons en ce moment s'est-il souvent présenté? Du reste, il suffit qu'un danger soit possible pour que le législateur doive prendre des précautions. Il n'y aurait que justice à demander au bailleur payé d'avance une garantie de restitution pour le cas où il se trouverait avoir reçu indûment son payement.

Reste le payement immédiat considéré en lui-même. Nous reconnaissons sans difficulté que, si le bailleur a droit, soit à une garantie, soit à une indemnité, la loi lui accorde plus qu'il n'est nécessaire, en lui permettant de réclamer par privilége tous les loyers à échoir. La loi nous paraît défectueuse sur deux points. Il est difficile de justifier l'exigibilité anticipée des créances à terme en vertu du jugement déclaratif de faillite, dès qu'elles ne subissent point en capital une réduction

Digitized by Google

équivalant à l'*interusurium* : en outre, parmi les créances à terme, celle du bailleur pour les loyers à échoir a un caractère particulier, 1. parce qu'elle est soumise à des conditions résolutoires, 2. parce que l'obligation corrélative de faire jouir n'est susceptible que d'une exécution successive. Il nous semblerait donc fort naturel et fort équitable que la créance des loyers à échoir fût classée à part et que le législateur, s'il voulait maintenir le bénéfice exorbitant des créances à terme, ne l'appelât point à y participer. Il pourrait distinguer le cas où le contrat interdit au preneur de sous-louer et de céder son bail, et celui où il ne contient pas cette interdiction : dans le premier, le bail serait résilié par la faillite et le bailleur obtiendrait simplement une indemnité privilégiée, sur les meubles garnissant les lieux loués : dans le second, pour que le bail fût maintenu, il faudrait que les meubles affectés au privilége fussent laissés dans les lieux ou remplacés par des effets d'égale valeur, de plus, que les créanciers donnassent au bailleur une garantie complémentaire, destinée à remplacer la garantie personnelle que fait perdre la faillite : sinon, le bail serait résilié avec indemnité également privilégiée pour le bailleur.

En somme la loi, fidèlement interprétée, n'est pas aussi défectueuse qu'on le dit, mais il faut avouer qu'elle n'est point parfaite. Seulement c'est au législateur seul qu'il appartient de la réformer.

ALBERT DESJARDINS.

Digitized by Google

OBSERVATIONS SUR LE MÉMOIRE DE M. BATBIE,

INTITULÉ

RÉVISION DU CODE NAPOLÉON.

Par M. A. Duverger,
professeur de Code Napoléon à la Faculté de droit de Paris.

(*Suite.*)

III.

J'ai examiné, dans un premier article [1], les réformes proposées par M. Batbie en matière de naturalisation et de mariage.

Mon savant collègue demande la révision du Code civil sur beaucoup d'autres points, toujours au nom de la liberté.

Le principe d'indépendance individuelle exige non-seulement, d'après M. Batbie, que la naturalisation soit rendue, dans certains cas, plus facile, ou, du moins, plus prompte; que le mariage civil puisse être subordonné au mariage religieux; que l'époux du condamné à une peine perpétuelle ait la faculté de se remarier : ce principe veut encore l'abrogation de nombreuses restrictions à la liberté des conventions, et de plusieurs exceptions à la liberté de la propriété.

Ainsi, la disposition qui permet de nommer un conseil judiciaire pour prodigalité est une atteinte à la liberté légitime de la personne.

La défense de donner, en dehors des cas exceptés, sous des conditions dépendantes de la volonté du donateur, la prohibition des conventions sur succession future, la révocation des donations pour survenance d'enfants, la rescision de la vente pour lésion, la nullité du pacte commissoire en matière de gage, la nullité de la clause de voie parée, etc., restreignent injustement la liberté des conventions.

La loi viole la liberté de la propriété, lorsqu'elle autorise le voisin à exiger la vente de la mitoyenneté; lorsqu'elle permet au cohéritier d'exercer le retrait successoral, au débiteur d'exercer le retrait litigieux.

[1] Voy. tome XXVIII, page 308.

Digitized by Google

La loi qui laisse aux époux la faculté de se placer dans les liens du régime dotal, autorise une renonciation illégitime à la liberté de la propriété.

La loi méconnaît la liberté de la disposition chez le propriétaire mourant, lorsqu'elle ne s'inspire pas uniquement, dans le règlement de la succession *ab intestat*, de l'affection présumée du défunt, par exemple, lorsqu'elle divise l'hérédité entre les deux lignes, lorsqu'elle n'appelle le conjoint survivant qu'après les collatéraux, et qu'elle donne à ceux-ci un quart de la succession au détriment de l'enfant naturel reconnu.

Le Code civil ne me paraît pas mériter aussi souvent que le prétend mon honorable collègue, le reproche grave d'empêcher l'exercice légitime de la liberté.

Sans doute, quelques dispositions ne témoignent pas d'un respect suffisant pour la volonté expresse ou tacite du propriétaire. Ne pas même assurer une pension alimentaire au conjoint survivant, c'est, j'en conviens, méconnaître la présomption d'affection qui est la base légitime de la succession *ab intestat*, et l'obligation de secours qui est la conséquence naturelle et civile du mariage.

Sur ce point je suis, depuis longtemps, du même avis que M. Batbie.

Je répute excellentes les dispositions du Code qui assurent une réserve aux enfants et aux ascendants, mais j'applaudirais, par respect pour le droit de propriété, à une réforme qui réduirait la légitime à la moitié des biens, quel que fût le nombre des enfants. M. Batbie, infidèle, je crois, au principe de liberté, s'est déclaré contre la proposition d'augmenter la quotité disponible. Je combattrai cette partie du mémoire de mon honorable collègue.

Je ne défendrai pas la vieille maxime *donner et retenir ne vaut*.

Mais j'essayerai de démontrer que la plupart des autres règles, dont M. Batbie demande l'abrogation au nom de la liberté, ont été, entre autres motifs, inspirées au législateur par la pensée même de protéger la liberté, et que les réformes proposées tourneraient contre leur but.

Pour préparer la discussion, il ne sera point inutile de rap-

Digitized by Google

peler le progrès que les idées de liberté civile avaient fait en France avant la confection du Code, et de constater que le législateur a entendu nous assurer la jouissance de cette liberté.

J'appelle liberté civile la liberté de gouverner sa personne et ses biens avec la moindre somme possible de contrainte provenant des pouvoirs publics ou des particuliers [1].

L'homme a droit à cette liberté, conséquence nécessaire du libre arbitre, de cette ressemblance sublime de l'homme avec son Créateur. Il n'appartient pas aux lois humaines d'attenter à l'œuvre divine. L'œuvre divine, c'est l'homme. Or, « au-dessous d'une certaine latitude d'action individuelle il n'y a plus d'homme [2]. »

Le devoir de respecter la personne dans sa liberté comme dans sa vie, n'est autre chose que la justice. L'humanité a connu, dès l'origine, le principe de justice. Mais combien les conséquences du principe ont été lentes à se dégager dans les idées, dans les mœurs et dans les lois!

L'esclavage a été une institution du droit des gens, c'est-à-dire, universelle! Les constitutions antiques absorbaient l'homme dans le citoyen! Le prince des philosophes rêvait la communauté des biens!

Mais l'erreur n'étouffait pas toujours la vérité. Un personnage d'Euripide s'écriait : « Il n'y a de honteux chez les esclaves que le nom; dans tout le reste un esclave ne vaut pas moins que les hommes libres, quand son cœur est honnête. » — Les Romains, Cicéron à leur tête, déclaraient que la propriété commence par l'occupation des choses qui n'appartiennent à personne. C'était asseoir la propriété sur son fondement véritable, sur le libre exercice des facultés humaines.

L'Évangile a renouvelé chez l'homme la foi en sa grandeur, par suite, en sa liberté.

Les peuples du Nord ont apporté et communiqué au monde romain ce que l'on a justement nommé un sixième sens, le sens de l'individualisme.

Toutefois, la notion de la propriété individuelle s'est obscurcie. Seigneurs, rois, légistes, philosophes mêmes, se sont mépris sur la source de ce droit. Ceux-là le faisaient dériver d'une concession; ceux-ci d'un contrat social.

[1] Voy. M. Le Play, *la Réforme sociale en France*, t. I, p. 46.
[2] M. Dupont-White.

Digitized by Google

Quelques-uns toutefois se gardaient de l'erreur. Bodin a distingué la monarchie royale ou légitime de la monarchie seigneuriale ou arbitraire. « La première est, disait-il, celle où les subiects obéissent aux loix du monarque et le monarque aux loix de nature, *demeurant la liberté naturelle et la propriété* aux subiects [1]. »

Par contre, Louis XIV prétendait, au moins, la directe universelle; et la Sorbonne affirmait que les biens des sujets étaient les biens du roi.

Plus près de nous encore, Rousseau s'égarait jusqu'à écrire que le législateur doit se sentir en état de changer, pour ainsi dire, la nature humaine, de transformer chaque individu, qui par lui-même est un tout parfait et solitaire, en partie d'un plus grand tout dont cet individu recevrait, en quelque sorte, sa vie et son être; d'altérer la constitution de l'homme pour la renforcer; de substituer une existence partielle et morale à l'existence physique et indépendante que nous avons tous reçue de la nature; enfin, d'ôter à l'homme ses propres forces pour lui en donner qui lui soient étrangères et dont il ne puisse faire usage sans le secours d'autrui (*du Contrat social*, liv. II, chap. 7). Rousseau avait raison d'ajouter que l'on trouve dans l'ouvrage de la législation (ainsi entendue) *une entreprise au-dessus de la force humaine*. Comment cette réflexion ne lui ouvrait-elle pas les yeux !

Voltaire commençait l'article *Propriété*, du *Dictionnaire philosophique*, par le cri des Anglais : *Liberty and property;* il y reconnaissait le cri de la nature. Il rappelait que dans toute l'Europe le commerce n'avait fleuri, les arts n'avaient été en honneur, des villes ne s'étaient accrues et embellies, que quand les serfs de la couronne et de l'Église avaient eu des terres en propriété. Mais, oubliant ses prémisses, il disait qu'après avoir examiné s'il est avantageux à un État que les cultivateurs soient propriétaires, il restait à voir jusqu'où cette *concession* peut s'étendre. Averti par l'expérience des peuples chez lesquels les serfs affranchis s'étaient mis à la place de leurs anciens maîtres, il recommandait d'opposer le frein des lois à la cupidité et à l'orgueil des nouveaux parvenus, *de fixer l'étendue des terrains roturiers qu'ils pourraient ache-*

[1] *Les six livres de la République*, liv. II, chap. 2 (1583), p. 273.

Digitized by Google

ter; de leur interdire l'acquisition des grandes terres seigneuriales [1]. Par l'emploi de ces moyens « jamais, ajoutait Voltaire, un gouvernement ferme et sage ne pourra se repentir d'avoir affranchi la servitude et d'avoir enrichi l'indigence. »

Les économistes, dont Voltaire a raillé, ont connu mieux que lui le fondement de la propriété [2].

Turgot combat comme faux et dangereux le principe que rien ne doit borner le droit de la société sur le particulier que le plus grand bien de la société. De ce que l'homme est né libre, il conclut qu'il n'est jamais permis de gêner cette liberté à moins qu'elle ne dégénère en licence, c'est-à-dire qu'elle ne cesse d'être liberté en devenant usurpation [3]. Plus tard, dans une lettre au docteur Price, Turgot signale la fausseté de cette notion rebattue par presque tous les écrivains républicains, que la liberté consiste à n'être soumis qu'aux lois, comme si un homme opprimé par une loi injuste était libre [4].

Le cahier du tiers état de Paris [5] et la déclaration des droits de l'Assemblée constituante [6] associaient la liberté et la propriété.

La liberté et la propriété furent blessées, du même coup, par la loi de nivôse an II. La Convention appliquait, une fois encore, la maxime exécrable : *la fin justifie les moyens.* Pour prévenir les inégalités entre les héritiers, elle dépouillait, ou à

[1] « Ces deux dernières lois seraient injustes. Mais si l'on voulait s'opposer à la grande inégalité des richesses, et qu'on n'eût ni assez de courage, ni une politique assez éclairée, pour abolir absolument les substitutions et les droits d'aînesse, on pourrait restreindre ces priviléges aux fiefs possédés par la noblesse ancienne ou titrée. Ce serait du moins agir conséquemment d'après un principe vicieux à la vérité, celui de favoriser les distinctions entre les états. » (Note de l'édition de 1784.)

[2] Voy. *l'Homme aux quarante écus et les physiocrates*, conférence de M. Batbie. — Compar. M. Troplong, *De la propriété*, chap. 22; — M. Bertauld, *la Liberté civile*, chap. 6.

[3] *Collection des économistes, œuvres de Turgot*, t. II, p. 686, *Lettres sur la tolérance.*

[4] *Loc. cit.*, p. 806. — M. Batbie a remarqué que le spiritualisme de Turgot l'avait conduit à une théorie sociale, dont la propriété et les droits individuels sont le fondement. — *Turgot.....*, ouvrage couronné par l'Institut, p. 121.

[5] Voy. *Histoire parlementaire*, t. I, p. 346.

[6] Article 2.

Digitized by Google

peu près, les propriétaires du droit de disposer de leurs biens à titre gratuit. On reconnaît l'assemblée qui décréta le maximum.

D'autre part, l'Assemblée législative, faussant l'idée de liberté, avait autorisé le divorce sur la simple allégation, par l'un des époux, d'incompatibilité d'humeur ou de caractère. Exagérant la même idée, elle avait permis au fils de vingt et un ans de se marier sans le consentement de son père.

Les auteurs du Code ne sont point tombés dans ces extrémités.

Pour savoir à quelle école ils appartenaient, il suffit de lire le discours préliminaire.

J'ai déjà rappelé la définition de l'autorité maritale.

Celle de l'autorité paternelle n'est pas moins libérale [1].

On ne propose pas de reculer l'âge de la majorité qui a été fixé, pendant la révolution, à vingt et un ans. Le discours reconnaît que l'esprit de société et l'esprit d'industrie [2], si généralement répandus, donnent un ressort aux âmes, qui supplée aux leçons de l'expérience, et qui dispose chaque individu à porter plus tôt le poids de sa propre destinée. Mais on proroge jusqu'à vingt-cinq ans la nécessité de rapporter le consentement paternel pour le mariage, parce qu'il n'est pas sage, quand il s'agit d'une chose qui tient de si près à l'empire des passions les plus terribles, de trop abréger le temps pendant lequel les lois associent la prudence des pères aux résolutions des enfants [3].

En matière de contrats, le discours préliminaire déclare qu'en général les hommes doivent pouvoir traiter librement sur tout ce qui les intéresse [4].

Nous reconnaissons des disciples de Dumoulin, de Montesquieu et de Turgot, dans le passage suivant : « L'argent est le

[1] Voy. Fenet, t. I, p. 504, 505.

[2] Les considérations économiques n'étaient point étrangères aux rédacteurs du Code. M. Berlier, dans l'exposé des motifs du titre de la Minorité, a fait observer que « l'incapacité civile résultant de la minorité, portée au delà du vrai, mettait la société en perte réelle de toute la somme de travaux et de transaction qu'y eût versée l'individu paralysé par la loi. » — Fenet, t. X, p. 638.

[3] *Discours préliminaire*, Fenet, t. I, p. 505.

[4] *Loc. cit.*, p. 509.

Digitized by Google

signe de toutes les valeurs; il procure tout ce qui donne des produits ou des fruits : pourquoi donc celui qui a besoin de ce signe n'en payerait-il pas l'usage, comme il paye l'usage de tous les objets dont il a besoin?..... Les rapports qui déterminent le prix de l'argent sont indépendants de l'autorité; les gouvernements ne peuvent jamais espérer de le fixer par des lois impérieuses[1]. »

Les individualistes d'aujourd'hui souscriraient, je crois, à ces propositions : « On gouverne mal, quand on gouverne trop. Un homme qui traite avec un autre homme doit être attentif et sage; il doit veiller à son intérêt, prendre les informations convenables, et ne pas négliger ce qui est utile. L'office de la loi est de nous protéger contre la fraude d'autrui, mais non pas de nous dispenser de faire usage de notre propre raison. S'il en était autrement, la vie des hommes, sous la surveillance des lois, ne serait qu'une longue et honteuse minorité; et cette surveillance dégénérerait elle-même en inquisition. » — « On a bien fait, pour la liberté de la circulation et pour le bien de l'agriculture, de proscrire ces substitutions absurdes qui subordonnent les intérêts du peuple vivant aux caprices du peuple mort, et dans lesquelles, par la volonté de la génération qui n'est plus, la génération qui est se trouve constamment sacrifiée à celle qui n'est point encore[2]. »

J'ai déjà rappelé que le Code avait consacré le mariage et la propriété parce que le mariage et la propriété dérivent de la nature de l'homme, en d'autres termes, parce qu'ils sont des manifestations légitimes de sa liberté[3]. (Voy. t. XXVIII, p. 338 et note 2.)

[1] *Loc. cit.*, p. 510 et 511.

[2] *Loc. cit.*, p. 514 et 521.

[3] Les auteurs du Code auraient certainement rejeté comme une atteinte à la liberté légitime, la proposition de défendre le mariage aux personnes qui ne justifieraient pas des moyens d'entretenir une famille. C'est là cependant ce que M. John-Stuart Mill conseille au législateur de faire toutes les fois que les circonstances et les sentiments locaux lui paraîtront le demander! « Ces lois, dit le célèbre individualiste, n'outre-passent pas les pouvoirs légitimes de l'État..... Par de telles lois, l'État intervient pour empêcher un acte funeste, un acte nuisible aux autres et qui devrait être l'objet de la réprobation et de la flétrissure sociale, même quand on ne juge pas convenable d'y ajouter les châtiments légaux....., » *La liberté*, p. 198.

Digitized by Google

Il ne faut pas toucher légèrement, au nom de l'indépendance individuelle, à des lois qui ont été inspirées par une doctrine aussi libérale.

Sans doute, les publicistes modernes ont mis dans une lumière plus vive qu'il ne l'était sous le Consulat, le droit, pour l'individu, de n'être pas opprimé au nom de l'intérêt général.

Ce sera l'honneur du XIXe siècle d'avoir, plus qu'aucun autre, revendiqué les droits de l'homme contre la société.

Des étrangers illustres ont répandu dans la société moderne les idées les plus libérales sur le rôle de l'État[1]. Ils n'ont pas eu seuls l'honneur de propager le dogme de l'indépendance individuelle. Parmi nous, M. Laboulaye en est incessamment le défenseur fort écouté.

M. Laboulaye[2] et M. Bertauld[3], un habile avocat « de la noble cliente, » ont rappelé les titres de Benjamin Constant au souvenir et à la reconnaissance des amis de la vraie liberté.

Un Français encore, *un légiste*, M. Hello, a formulé la doctrine libérale avec une fermeté que l'on ne doit pas non plus oublier. Après avoir distingué deux classes de constitutions, celles qui raspectent le droit naturel, et celles qui le négligent ou le méconnaissent, M. Hello se prononce en faveur des premières, pour lesquelles l'homme n'est pas un moyen mais un but. Il montre le législateur se subordonnant, dans ces constitutions, aux lois de la nature humaine; découvrant dans les attributs de l'être intelligent et libre, une révélation du créateur sur la créature et la source de ses propres devoirs, déduisant de la liberté morale la liberté politique; de l'égalité devant Dieu l'égalité devant la loi; de la faculté de locomotion le droit d'aller et de venir; de la personnalité humaine la sûreté individuelle *et la propriété des biens;* de l'inviolabilité de la conscience la liberté religieuse; de la nature communicative de la pensée la liberté de la presse, et de la perfectibilité de l'espèce la perfectibilité du gouvernement; reconnaissant enfin « que Dieu ne lui a pas laissé le choix du but, puisqu'il le lui a si clairement indiqué, et que, pour lui, la seule manière de répondre aux vues de la Providence, c'est de garantir les droits de l'homme et de

[1] Voy. dans *l'État et ses limites*, par M. Laboulaye, l'analyse des ouvrages de Guillaume de Humboldt, de M. J. S. Mill et du baron Eœtwez.

[2] *La liberté antique et la liberté moderne.*

[3] *La liberté civile.*

Digitized by Google

le maintenir libre tel qu'il est sorti des mains de Dieu[1]. »

On ne trouvera pas, j'en conviens, dans les travaux préparatoires du Code Napoléon une formule aussi complète des droits individuels.

Le Conseil d'État du Consulat n'était pas placé au double point de vue de la liberté politique et de la liberté civile.

En matière privée, du moins, le législateur de 1803 et de 1804, était, on l'a vu ci-dessus, le disciple de Montesquieu et de Turgot, nullement celui de Mably et de Rousseau.

C'est une justice qui ne lui est pas toujours rendue.

« *Les économistes*, a dit Bastiat, pensent que la propriété est un fait providentiel comme la personne..... La propriété est une conséquence nécessaire de la constitution de l'homme[2]. »

La formule est excellente. Mais Bastiat a tort de croire que les économistes l'ont inventée.

Bastiat déclare qu'il n'a pas fait son droit. On le voit bien. Le spirituel économiste, s'il eût étudié les lois, n'aurait pas accablé de ses dédains nos maîtres en législation. Il n'aurait pas dit que les Romains devaient considérer la propriété comme un fait purement conventionnel, comme un produit, comme une création artificielle de la loi écrite, qu'ils ne pouvaient évidemment, *ainsi que le fait l'économie politique*, remonter jusqu'à la constitution même de l'homme, et apercevoir le rapport et l'enchaînement nécessaire qui existe entre ces phénomènes : besoins, faculté, travail, propriété.

Bastiat, s'il avait reçu ce qu'il appelle les fausses notions des juristes, aurait lu dans le Digeste : « *Quod enim nullius est, id* ratione naturali *occupanti conceditur*. » Gaïus, ff., L. 3, pr. De adquirendo rerum dominio (41, 1). — « *Dominiumque rerum* ex naturali possessione *cœpisse Nerva filius ait, ejusque rei vestigium remanere de his quæ terra, mari, cœloque capiuntur*. » Paul, ff., L. 1. § 1, De adquirendâ vel omittendâ possessione (41, 2).

Les interprètes des lois romaines eussent rappelé à Bastiat la célèbre comparaison, faite par Cicéron, de la terre avec un théâtre dont les places appartiennent à ceux qui les occupent.

Dans l'exposé des motifs du titre du Code civil, *de la Pro-*

[1] *Du régime constitutionnel*, 3e édit., t. I, p. 3 et 4.
[2] *Petits pamphlets, Propriété et Loi.*

Digitized by Google

priété, Bastiat aurait trouvé, parfaitement exprimées, ses propres idées sur le rapport de la propriété avec la nature de l'homme.

« L'homme, en naissant, disait Portalis, n'apporte que des besoins; il est chargé du soin de sa conservation; il ne saurait exister ni vivre sans consommer : il a donc un droit naturel aux choses nécessaires à sa subsistance et à son entretien. Il exerce ce droit par l'occupation, par le travail, par l'application raisonnable et juste de ses facultés et de ses forces. — Ainsi le besoin et l'industrie sont les deux principes créateurs de la propriété. »

Que dit Bastiat? « Dans la force du mot, l'homme naît propriétaire, parce qu'il naît avec des besoins dont la satisfaction est indispensable à la vie, avec des organes et des facultés dont l'exercice est indispensable à la satisfaction de ses besoins..... » (*Loc. cit.*)

C'est la même pensée et ce sont presque les mêmes termes.

Chez les auteurs du Code, la partie faible est la théorie du testament. Ils n'avaient pas une vue claire de ce que Grotius avait, depuis longtemps, établi, de l'identité du testament avec la donation. Toutefois, M. Portalis reconnaît, dans la discussion sur la réserve, que le droit de disposer naît du droit de propriété, que celui qui dispose à cause de mort, dispose *pendant sa vie* et dans un temps où il est propriétaire.

M. Portalis réfutait ainsi lui-même l'erreur qu'il avait émise dans le discours préliminaire et ailleurs, que le testament est une concession de la loi positive, aucun homme n'ayant, par un droit naturel et inné, le pouvoir de commander après sa mort.

Aujourd'hui la doctrine de Grotius[1] règne sans conteste. M. Troplong l'a développée savamment dans le commentaire de l'article 893 du Code Napoléon. M. Thiers a mis à la portée de tout le monde, dans son livre sur la propriété, cette vérité que, si le propriétaire a, comme tel, le droit de donner, il a celui de donner au dernier moment de sa vie.

Les textes du Code sont en harmonie avec cette doctrine. (Art. 544, 902, 967 C. Nap.)

[1] « Ipsa tamen substantia (testamenti) cognata est dominio et, eo dato, juris naturalis. » *De jure pacis et belli*, lib. II, cap. 6, n° 14.

Digitized by Google

J'ai rappelé le chemin que l'idée de liberté civile avait déjà fait en France avant la rédaction du Code; j'ai constaté que les auteurs de ce Code s'étaient proposé d'établir cette liberté. Maintenant, qu'il me soit permis, non pas pour combattre M. Batbie qui ne partage pas les exagérations que je vais signaler, mais pour montrer de quel côté vient aujourd'hui le danger, de faire voir, par quelques exemples, combien on peut s'égarer à la suite de l'idée de liberté civile, lorsque, sous le charme qu'elle exerce, on se détourne des principes dont elle relève.

Les partisans de la liberté illimitée de donner et de tester, déduisent leur théorie du principe de l'indépendance individuelle.

Le rétablissement du divorce est demandé au nom du même principe.

Quelques personnes réclament la liberté de la femme et celle de l'enfant, comme si la puissance maritale et la puissance paternelle, telles qu'elles ont été organisées par le Code, étaient des usurpations.

Un certain individualisme féminin est ridiculisé sur la scène, avec succès, parce qu'il se voit ailleurs que sur la scène.

L'ouvrage de M. Mill que j'ai cité plusieurs fois, renferme, à mon sens, une autre preuve de l'influence exagérée que l'idée d'indépendance individuelle peut prendre même sur un esprit supérieur. L'auteur signale comme un danger qui menace sérieusement l'Europe, ce fait que la ressemblance augmente chaque jour entre les diverses classes de la société et entre les individus de toutes les classes. « Autrefois, les divers rangs, les divers voisinages, les divers métiers et professions vivaient dans ce qu'on pourrait appeler des mondes différents; à présent ils vivent tous, à un très-haut degré, dans le même monde. Maintenant, comparativement parlant, ils lisent les mêmes choses, écoutent les mêmes choses, voient les mêmes choses, vont aux mêmes endroits; ils ont leurs espérances et leurs craintes dirigées vers les mêmes objets, ils ont les mêmes droits, les mêmes libertés et les mêmes moyens de les revendiquer. Si grandes que soient les différences de position qui restent encore, ce n'est rien auprès de celles qui ont disparu. Et l'assimilation marche toujours. » M. Mill passe en revue les causes de

Digitized by Google

la disparition rapide des différences entre les classes et entre les individus; il indique, comme en étant la cause la plus puissante, l'établissement complet, en Angleterre et ailleurs, de l'ascendant de l'opinion publique dans l'État; il nous invite enfin à résister au courant qui entraîne l'Europe « vers l'idéal chinois de rendre tout le monde pareil [1]. »

Est-ce vraiment un mal que les classes et les individus marchent vers une sorte de rendez-vous général où tous seront semblables autant que la nature de chacun le comportera?

Non, parce que la cause la plus profonde qui nous pousse vers l'unité, est la conscience, qui se développe de plus en plus chez tous les hommes, de leur égalité naturelle.

Cette conscience est bonne. Elle est essentiellement chrétienne. « Ici, disait saint Paul, il n'y a ni Grec, ni Juif, ni circoncis, ni incirconcis, ni Barbare, ni Scythe, ni esclave, ni libre; mais Christ est toutes choses en tous [2]. »

S'il n'est pour les hommes qu'une grandeur vraie, celle du bien, les hommes ne peuvent grandir sans se rencontrer. Le bien est essentiellement semblable à lui-même.

Sous le bénéfice des observations qui précèdent, je poursuis l'examen des réformes proposées par M. Batbie.

IV.

M. Batbie s'exprime ainsi : « Je passerais sur tout le premier « livre du Code civil, si je n'étais retenu par la disposition de « l'article 513, qui permet de donner *au prodigue* un conseil « sans l'assistance duquel il ne peut plaider, transiger, aliéner, « emprunter ou hypothéquer. Le majeur qui est sain d'esprit « doit, selon moi, conserver la libre disposition de sa fortune. « Pourquoi tendre un piége aux tiers qui contractent avec lui? « Les personnes qui traitent avec un interdit ou avec celui « dont les facultés sont affaiblies (art. 489 C. Nap.) sont aver- « ties par l'état mental qu'il y aurait imprudence à contracter. « Mais le prodigue ne porte aucun des caractères de la dé- « mence et il lui est facile de tromper les tiers sans qu'il y ait

[1] *La liberté*, p. 133 et suiv.
[2] *Épître aux Colossiens*, III, 11.

Digitized by Google

« pour ceux-ci un moyen de découvrir l'incapacité. Sans doute, « c'est un malheur pour une famille..... Mais le rôle de la loi « ne consiste pas à empêcher ces douleurs, s'il faut pour cela « porter atteinte à la liberté du prodigue et tendre des em- « bûches à la bonne foi du public..... Je comprends qu'on « accorde aux tribunaux le pouvoir de réduire des engage- « ments excessifs. Alors, en effet, le tiers a été prévenu par « l'excès de l'obligation qu'il avait devant lui une personne « dont les habitudes étaient dérangées [1]..... »

M. Batbie a marqué, dans le passage que je viens de citer, l'étendue de l'incapacité du prodigue pourvu d'un conseil judiciaire, telle qu'elle résulte des termes mêmes du Code Napoléon.

Les légistes qui me feront l'honneur de lire le présent article, me permettront d'appeler l'attention des personnes auxquelles la loi n'est pas familière, sur les limites de cette incapacité. Dans le monde, on ne les connaît pas toujours, et l'on accuse la loi d'une rigueur dont elle n'est pas coupable.

L'auteur d'une dissertation sur le droit de tester écrivait, l'année dernière : « Ne peut tester qui ne peut aliéner, comme le mineur, l'interdit et, si l'on admet le conseil judiciaire, celui qui a un conseil judiciaire, puisqu'on le juge incapable même *d'administrer*. »

Je me rappelle avoir vu le prodigue suivi, pas à pas, par son conseil judiciaire tout de noir habillé; avoir entendu le prodigue réclamer contre la frugalité de sa table réglée par son conseil. — Mais c'était au théâtre.

D'après la loi, le prodigue est beaucoup plus indépendant de son conseil. Il n'est incapable de faire seul que les actes compris textuellement ou virtuellement dans l'article 513 du Code civil.

Ces actes sont exclusivement relatifs aux biens. Le prodigue gouverne sa personne comme il l'entend. Il choisit, sans demander l'avis de son conseil, le lieu de sa demeure, celui de son domicile, sa profession; il peut se marier, reconnaître un enfant naturel, se faire adopter, se donner un enfant adoptif; il conserve l'exercice de la puissance maritale [2] et de la puis-

[1] *Loc. cit.*, p. 132 et 133.

[2] Voy., toutefois, en ce qui concerne l'autorisation maritale, MM. Aubry et Rau, *Cours de droit civil français*, t. IV, p. 130 et note 40.

Digitized by Google

sance paternelle. Il n'est pas, en principe, suspendu de l'exercice des droits politiques, etc. [1].

Relativement aux biens, le prodigue n'est point *interdit;* il n'est pas en tutelle.

Bien loin qu'il soit incapable même d'administrer, nul autre que lui n'a le droit de gérer son patrimoine et celui de sa femme non séparée de biens [2]. C'est lui, sans aucune assistance, qui reçoit ses revenus au fur et à mesure de leur échéance et qui en donne quittance; qui prend à bail la maison qu'il veut habiter, la ferme qu'il exploitera, s'il peut trouver un bailleur; qui donne ses maisons ou ses terres à loyer ou à ferme; qui pourvoit à l'entretien de ses biens; qui achète ce qui est nécessaire à sa personne, à sa maison dont il est toujours le chef, à ceux de ses biens dont il dirige lui-même l'exploitation.

La Cour de Paris a jugé que l'homme de lettres pourvu d'un conseil judiciaire peut conclure, sans l'assistance de ce dernier, des traités relatifs à la publication et à la vente de ses œuvres littéraires. — Arrêt du 22 mars 1864; *Gaz. des tribunaux* du 13 avril.

Le prodigue fait son testament sans aucune assistance.

Enfin, pour la validité des actes qu'il ne peut faire seul, la loi se contente de l'assistance du conseil; elle n'exige jamais l'autorisation du conseil de famille ni l'homologation du tribunal.

Vis-à-vis de son conseil, le prodigue ne compte pas de clerc à maître. D'après la doctrine et d'après la jurisprudence, la personne pourvue d'un conseil judiciaire est admise à prouver en justice que ce conseil lui refuse abusivement son assistance; et le tribunal peut accorder le remplacement, soit momentané soit définitif, du conseil judiciaire. — Arrêt de la Cour de Douai du 31 août 1864; — Quéquet, — Devill. et Car. 1865, II, p. 139.

[1] L'article 15 du décret organique pour l'élection des députés, du 2 février 1852, défend d'inscrire sur les listes électorales, 16° « *les interdits* » seulement. — La loi sur la composition du jury, du 4 juin 1853, va plus loin; elle déclare incapables d'être jurés, 10° « les interdits et *les individus pourvus d'un conseil judiciaire.* »

[2] Comparez, relativement à la capacité légale d'exercer la tutelle, les diverses opinions exposées par M. Demolombe, t. VII, n° 468.

Digitized by Google

Mais le prodigue dira, comme le prisonnier de la Bastille : J'ai une douzaine de libertés qui ne valent pas une liberté tout entière.

Il est certain que la nomination d'un conseil judiciaire diminue sensiblement l'indépendance du prodigue.

Cette diminution est-elle légitime?

M. Batbie le conteste.

Afin de restreindre le débat à la proposition même, je constate que mon honorable collègue ne critique pas la loi qui permet de nommer un conseil à la personne *faible d'esprit.*

La réforme accomplie, un extravagant comme Néron qui payait un vase de bois de myrrhe 300 talents (environ 1,800,000 francs), comme Caligula qui faisait, par simple caprice, hausser et abaisser les montagnes, échapperait à la demi-interdiction comme prodigue, lors même qu'il dépenserait ainsi son capital; mais il recevrait un conseil pour faiblesse d'esprit. A défaut de l'article 513, on lui appliquerait l'article 499,

..... Primo avulso non deficit alter.

M. Batbie rappelant, dans son *Cours d'économie politique*, à propos du luxe, ces exemples de dépenses insensées, fait les réflexions suivantes : Avec cette espèce de luxe coïncide « toujours un grand abaissement de caractère. L'homme n'a « plus aucune retenue, aucun empire sur soi-même et chacun « se laisse aller aux passions les plus désordonnées. Non-seu- « lement toute vertu disparaît, mais toute énergie s'émousse « et l'abus des plaisirs fait que les hommes les plus riches se « laissent aller à une mélancolie noire. Apicius avait une for- « tune d'environ 2 millions de francs, lorsque le dégoût de la « vie lui fit avaler une coupe empoisonnée [1]. »

Pour les juges, cet abaissement de caractère, ces passions désordonnées, cette mélancolie noire seront souvent les signes de la faiblesse d'esprit.

Quoi qu'il en soit, je peux demander à mon honorable collègue s'il permet de comprendre parmi les faibles d'esprit et

[1] *Nouveau Cours d'économie politique*, 31e leçon. Voy. aussi la conférence de M. Batbie sur le luxe : « Qui n'a été scandalisé par quelque « dépense insensée? Qui n'a pas vu les délires de quelque mauvais riche? » P. 15.

Digitized by Google

de pourvoir à ce titre d'un conseil judiciaire, les jeunes gens qui signalent le début de leur majorité par les plus folles dépenses?

J'ajouterai : Vous ne demandez-pas que la majorité soit reculée à vingt-cinq ans. — Je le comprends. — Il en est de la majorité comme du droit de suffrage; on peut et, quelquefois, on doit attendre pour les accorder, mais une fois donnés, on ne peut guère les reprendre. — Vous ne diminuez pas les prérogatives du majeur; loin de là; vous les augmentez; suivant moi, vous les exagérez. — Si le législateur vous suit, le majeur pourra faire des conventions sur succession future; avec le consentement du maître des biens, le jeune homme de vingt et un ans renoncera valablement, pour un avantage présent quelconque, à l'espoir de recueillir la plus belle hérédité! Le jeune homme qui ne connaissait pas l'amour paternel, se sera dépouillé irrévocablement, par des donations entre-vifs, de toute sa fortune! Celui que dominait la passion, aura fait, à vil prix, argent de ses immeubles, et ne pourra rien répéter de l'acheteur qui aura profité de sa folie, fût-il lésé de plus des sept douzièmes!

Voilà ce que vous demandez. Je n'attaque pas, quant à présent, ces propositions, mais je dis que, si la loi les admet, si de plus, comme il y a lieu de l'espérer, elle accorde la liberté du prêt à intérêt, le danger du passage de la minorité à la majorité sera plus grand encore.

Sans doute, il sied à l'homme de vingt et un ans de n'être plus traité en enfant. La loi doit lui dire ce que Minerve, sous la figure de Mentor, disait à Télémaque : « Et toi, mon jeune ami, maintenant que tu es grand et fort, sois hardi et ferme, afin que les hommes répètent aussi ton nom dans l'avenir[1]. » Mais si l'épreuve de l'indépendance montre que le jeune homme est encore impuissant à disposer sagement de sa fortune, le rôle tutélaire de la loi n'est point achevé.

La fixation de la majorité à vingt et un ans repose sur le fait qu'à cet âge les Français sont, en général, capables d'agir librement. La présomption doit exister au profit de tous. Mais le droit n'appartient qu'à la capacité réelle, c'est-à-dire, à la raison.

[1] Odyssée, liv. I.

Digitized by Google

En fait, dans son application aux individus, la loi suppose quelquefois la capacité où elle n'est pas, et ne la reconnaît pas partout où elle est. Telle est l'imperfection de la loi humaine. L'effort du législateur doit être de resserrer cette imperfection dans ses plus étroites limites [1].

Le Code Napoléon s'est proposé ce but : il autorise l'émancipation de l'enfant dont la raison est précoce; il permet de donner un conseil au jeune homme qui est majeur d'après la loi, mais que la nature n'a point encore mis hors de page.

Cette seconde marque de sollicitude est-elle inutile? Prétendrait-on que tout jeune homme de vingt et un ans est capable de gouverner sa fortune avec une entière liberté?

Ce serait fermer les yeux à l'évidence. Lorsque la mort de son père ou de sa mère, ou, plus malheureusement encore, celle de l'un et de l'autre, enrichit un fils avant l'âge, et le livre seul aux premiers entraînements des passions, trop souvent il abuse de son indépendance.

En 1851, M. Benoît-Champy a fait à l'Assemblée nationale législative la proposition d'autoriser la famille à donner un conseil spécial au jeune homme qui n'aurait pas dépassé vingt-cinq ans.

Les événements politiques ont empêché la proposition d'aboutir. Mais elle avait été prise en considération par l'Assemblée; et l'on peut consulter les rapports qui ont été faits au nom de la commission d'initiative parlementaire et au nom de la commission spéciale.

Le rapporteur de la première commission a constaté que le nombre est grand des jeunes gens qui, parvenus à l'âge de vingt et un ans et maîtres alors de leur fortune, ne savent pas la conserver. « Ils courent à leur ruine, disait M. Martel, soit que leur caractère et leur raison *trop faibles encore* les exposent à toutes sortes de surprises et les rendent incapables de conduire leurs affaires, soit que dominés par des passions qu'ils n'ont pas la force de dompter, ils abusent de leurs droits pour dissiper leurs biens en folles dépenses..... »

[1] Compar. M. Guizot, *Histoire des origines du gouvernement représentatif*, t. II, p. 231. — « Entre des choses inégales, l'égalité deviendrait inégalité sans une juste proportion..... La vraie et parfaite égalité est celle qui consiste à donner plus à celui qui est plus grand, moins à celui qui est moindre, à chacun dans la mesure de sa nature..... » Platon.

Digitized by Google

Le même rapport déclare qu'il ne saurait être question de modifier notre législation en ce qui concerne l'âge où les Français deviennent majeurs. Il demande, ce qui implique l'adhésion à l'idée de M. Benoît-Champy, si l'on ne pourrait pas maintenir, pendant quelques années, sous la surveillance protectrice d'un conseil spécial, l'enfant qui n'est pas assez fort de caractère, lorsqu'il atteint vingt et un ans, pour traverser heureusement tous les dangers auxquels il va se trouver exposé [1].

La commission spéciale amenda la proposition en transportant de la famille au tribunal le pouvoir de nommer le conseil; elle concluait à l'adoption du projet de loi par les raisons suivantes : « Il arrive trop souvent que les jeunes gens parvenus à leur majorité commencent par abuser de la liberté de disposer de leurs biens et qu'en peu d'années ils ont follement dissipé tout leur avenir; ce n'est pas que, pour la plupart du moins, ils soient atteints de cette espèce d'insanité d'esprit qui chez le prodigue constitue un état chronique. Non. Mais dans les prémices des passions, dans l'inconsidération d'un esprit léger ou d'une intelligence retardée, dans l'inexpérience des choses de la vie et les illusions de la fortune, ces jeunes dissipateurs n'ont pas pu supporter le brusque passage d'une dépendance entière à une indépendance absolue; et lorsqu'après le premier étourdissement d'une situation toute nouvelle survenue sans transition, la raison reprend son empire, il est trop tard..... »

D'après le même rapport il n'est pas possible de reculer la majorité jusqu'à vingt-cinq ans. Ce serait violenter les mœurs. Il y aurait témérité à prolonger la puissance paternelle lorsque, déjà, elle a tant de peine à se maintenir jusqu'à vingt et un ans et que « ses ordres subissent le contrôle raisonneur de l'enfance elle-même. » — « Si la jeunesse de notre temps, disait encore M. de Montigny, a une réflexion plus hâtive, ne peut-on pas dire aussi qu'elle est d'une indépendance plus intraitable, plus hostile à tout conseil, plus impatiente de toute autorité, dès qu'elle est livrée à elle-même [2]?..... »

Les faits attestés, en 1851, par deux commissions d'une

[1] *Compte rendu des séances de l'Assemblée nationale législative*, 1851, t. XII, p. 62.

[2] Même recueil, t. XVI, p. 221 et suiv.

Digitized by Google

assemblée sortie du suffrage universel n'ont pas cessé d'être vrais.

Récemment, devant le Corps législatif, il a été donné comme certain que, dans une de nos principales villes de commerce, du 31 juillet 1862 au mois d'août 1864, le tribunal avait pourvu de conseils judiciaires vingt-quatre jeunes gens [1]. — Hier, un procès nous montrait un jeune homme de grand nom, arrivant à sa majorité avec une fortune de 4 millions, avec un revenu de 150,000 francs, dévorant, en dix-huit mois, plus d'un million, perdant au jeu 500,000 francs!

Les jeunes dissipateurs ont d'autant plus besoin d'être protégés par la loi, que leurs passions sont plus exploitées.

La vraie cause de ma ruine, dit, d'une façon piquante, un prodigue du théâtre le plus moderne, « le vrai coup de dent..., ce n'est pas moi... Cette scélérate de petite bête s'est faufilée chez moi, je ne sais pas comment, et s'est mise à ronger le vieux linge, les vieux meubles, les vieilles tapisseries, les vieux bois, les vieilles toiles, tant et si bien que tout est tombé d'hypothèques en saisie, de saisie en vente judiciaire, et de vente judiciaire ès mains de je ne sais quel croquant de parvenu dont mes ancêtres n'auraient pas voulu pour battre l'eau de leurs fossés. »

Qu'on recule devant le moyen proposé par M. Benoît-Champy et accepté par la commission de l'Assemblée de 1851; — je le comprends. — On peut craindre de porter atteinte à la considération du jeune homme, par simple mesure de précaution.

Mais ce que mon honorable collègue attaque, ce n'est pas un moyen préventif, c'est le moyen répressif autorisé par le Code Napoléon.

D'après l'article 513, pour être pourvu d'un conseil judiciaire, il faut avoir été convaincu de prodigalité.

Il est vrai que les nécessités pratiques ont amené les tribunaux à nommer souvent le conseil avant la majorité [2]. Mais le

[1] Séance du 20 mars 1866.

[2] « Considérant..... qu'il n'est contraire à aucun texte de loi et qu'il est fondé en raison que cette mesure puisse venir atteindre le majeur à l'instant même où commence sa majorité; que, s'il ne pouvait pas en être ainsi, la loi eût manqué de prévoyance et se trouverait impuissante pour *le prodigue*, puisqu'il lui suffirait d'un instant de majorité pour consommer

Digitized by Google

jugement s'appuie, en pareil cas, sur les actes de prodigalité prouvés à la charge du mineur.

Cette preuve peut être très-facile. On n'a pas oublié la récente affaire de la femme Court, et les billets souscrits par un mineur pour une somme de 28,000 francs [1] !

Si M. Batbie veut abolir le conseil judiciaire pour prodigalité, si radicalement qu'on ne puisse plus en nommer un même au dissipateur qui n'a point vingt-cinq ans, la réforme désarmera l'autorité paternelle.

Le moment n'est pas opportun. Le frein, purement moral, du respect existe à peine dans beaucoup de familles.

Corneille ne mettrait plus dans la bouche d'un père cette menace romaine :

> Mais sache que tantôt si pour cette Lucrèce
> Tu fais la moindre fourbe ou la moindre finesse,
> Tu peux bien fuir mes yeux, et ne me voir jamais;
> Autrement, souviens-toi du serment que je fais :
> Je jure les rayons du jour qui nous éclaire
> Que tu ne mourras point que de la main d'un père,
> Et que ton sang indigne, à mes pieds répandu,
> Rendra prompte justice à mon honneur perdu.

Il est vrai que Dorante disait ensuite :

> Je crains peu les effets d'une telle menace.

Mais le père n'était plus là.

Aujourd'hui, un auteur, auquel on ne peut refuser la connaissance des travers de ses contemporains et de ses contemporaines, met sur la scène ce dialogue :

Le père. — Je t'engage dans l'armée.....

sa ruine par la ratification d'engagements antérieurs; — que la loi ne trace aucune règle pour l'appréciation des actes de prodigalité nécessaires pour motiver la nomination d'un conseil judiciaire; — que le caractère de ces actes, leur nombre, l'époque à laquelle ils ont eu lieu sont entièrement abandonnés à la consciencieuse appréciation des magistrats; qu'ils peuvent donc s'attacher à des faits qui ont eu lieu en minorité.....; — que l'on peut, en cette matière, juger de l'avenir par le passé; — que le passage de la minorité à la majorité, de l'incapacité légale à la plénitude de la vie civile n'emportant pas avec soi la présomption de plus de prévoyance et de raison, c'est à cause même des écarts du passé qu'il faut protéger l'avenir. » — Cour de Bourges, 5 mai 1846 (Falchéro). — Devill. et Car., 1846, 2, 330.

[1] Voy. arrêt de rejet, ch. crim., 22 février 1866.

Digitized by Google

Le fils. — Ne fais donc pas de poésie..... Tu ne m'engages pas, mais tu payes mes dettes.....

Il faut que le père puisse répliquer par la menace de la nomination d'un conseil judiciaire, et que la loi l'autorise à réaliser cette menace, au moins, pendant quelques années. M. Batbie préférerait-il la peine de l'exhérédation?

Nous examinerons plus loin cette proposition de notre honorable collègue, que le fils indigne puisse, dans certaines circonstances, être exhérédé par son père[1].

Pour le moment, nous supposerons que M. Batbie dit avec nous :

Tendons à sa jeunesse une main bienfaisante;

et qu'il comprend dans les *faibles d'esprit* le dissipateur âgé de moins de vingt-cinq ans.

J'ai écarté du débat, comme appartenant à la demi-interdiction pour faiblesse d'esprit, la prodigalité d'un fou et celle d'un jeune écervelé. Dès lors, je pose ainsi la question : Une personne saine d'esprit doit-elle, quoi qu'elle fasse, conserver la libre disposition de sa fortune?

M. Batbie admet qu'un prodigue peut être sain d'esprit[2].

Les auteurs du Code avaient la conviction contraire : M. Tronchet, combattant la demi-interdiction pour prodigalité, disait qu'il est préférable de traiter l'individu notoirement prodigue comme un homme en démence; et que, dans la réalité, celui-là est certainement privé de la raison, qui se réduit à la misère par le jeu et par la débauche. — Fenet, t. X, p. 689.

M. Portalis répondait : « La prodigalité, poussée à un certain degré, dégénère, il est vrai, en démence; mais, comme elle n'en a pas le nom, le juge ne lui appliquera pas les dispositions de l'article (relatif à l'interdiction pour folie). » — *Loc. cit.*, p. 691.

Suivant M. Emmery (Exposé des motifs de l'article 513), le prodigue est une espèce de fou qui manque de discernement pour se conduire. — *Loc. cit.*, p. 715.

[1] *Revue critique*, t. XXVIII, p. 143.

[2] « Le majeur qui est sain d'esprit doit, selon moi, conserver la libre disposition de sa fortune. » (M. Batbie, *loc. cit.*, p. 132.)

Digitized by Google

Tel paraît avoir été le point de vue des préteurs romains[1].

M. le docteur de Castelnau affirme que pour tous les médecins la prodigalité est une véritable monomanie[2]. Telle est l'opinion personnelle de M. de Castelnau, qui cite à côté de la mélancolie, de la théomanie, de la ploutomanie, « la monomanie contraire, la prodigalité[3]. » Et cependant l'auteur, qui revendique la liberté des fous, est moins que personne disposé à reconnaître la folie là où elle n'existe pas[4]!

Mais, puisque M. Batbie est parti de l'idée qu'un prodigue peut être sain d'esprit; je prendrai le fait pour constant, et je me bornerai, sur ce point, à l'observation suivante :

Une loi qui permettrait de nommer un conseil au prodigue faible d'esprit, et qui n'autoriserait pas à en donner un au prodigue sain d'esprit, imposerait aux tribunaux une tâche très-difficile.

« Sagesse et folie, il n'y a de l'une à l'autre qu'un demi-tour. » Le demi-tour est-il accompli chez le prodigue sur lequel il faut prononcer? — Problème, qui jetterait le juge dans de cruelles perplexités!

Les médecins aliénistes affirment de plus en plus qu'il est souvent difficile de reconnaître la folie, ce trouble mental « qui,

[1] M. Demangeat en a fait la remarque : « Nous voyons dans plusieurs textes, dit mon savant ami, que, si le préteur donne un curateur à tout individu qui dissipe follement ses biens, quelle qu'en soit l'origine et de quelque manière qu'il les ait recueillis, c'est que cet individu peut être considéré comme étant *furiosus* : « Solent hodie Prætores vel Præsides, si « talem hominem invenerint qui neque tempus neque finem expensarum « habet, sed bona sua dilacerando et dissipando profudit, curatorem ei « dare, exemplo furiosi. » — Ulpien, L. 1, pr. *De curat. fur.* — Voy. aussi le texte d'un rescrit d'Antonin le Pieux, rapporté L. 12, § 2, D., *De tut. et curat.* (26, 5). » — *Cours élémentaire de droit romain*, t. I, p. 397.

[2] « *Comme pour tous les médecins*, la prodigalité est, pour les législateurs de l'an XI, une véritable monomanie..... » *De l'interdiction des aliénés*, p. 99.

[3] *Loc. cit.*, p. 109, 110.

[4] « ..... Dans une société dont les lois seraient conformes à celles de la nature, la liberté d'un citoyen n'aurait de limites que dans la liberté d'autrui. Voilà un principe dont on peut dire aussi qu'il est comme le soleil et qu'il doit éblouir tous ceux qui ne sont pas aveugles. — Quiconque, donc, ne porte pas atteinte à la liberté d'autrui, doit vivre libre dans la société, qu'il soit d'ailleurs ce que nous croyons être, un sage, ou ce que nous appelons un fou : sous le rapport du droit à la liberté, il n'y a pas de différence entre eux. » (*Loc. cit.*, p. 23.)

Digitized by Google

même léger, est plus aveugle que la plus violente passion, plus fatal que le plus brutal instinct[1]. »

« Rien ne peut ressembler davantage à un homme sensé qu'un fou même incurable[2]. »

« On croit n'avoir plus rien à dire lorsque devant un jury on objecte qu'un inculpé n'est pas fou, puisqu'il parle avec justesse, répond avec sens, dissimule avec tactique, complote avec habileté, agit avec calcul et intérêt. Que ceux qui pensent ainsi visitent ou la Madeleine ou Saint-Georges. Une promenade les dessillera..... Nous leur montrerons une centaine de ces malheureux que le tribunal peut-être eût condamnés et dont ils frémiraient d'ordonner la sortie après les avoir étudiés[3]. »

M. Delasiauve dit qu'on impute souvent au vice ce qui n'accuse que les lacunes du jugement. Le savant aliéniste range parmi les fous un homme dont le portrait pourrait s'appliquer à beaucoup de prodigues : « X..., avec un esprit sémillant, des dehors gracieux et ces talents agréables que la société estime, a toujours fait la désolation des siens..... On lui a procuré des places qu'il n'a jamais gardées; l'argent ne lui tient pas aux mains; il emprunte partout où quelque dupe cède à ses demandes ou fournit à sa consommation. De tous les jeux, de toutes les parties, il n'a d'horreur que pour son domicile[4]..... »

La difficulté de distinguer sûrement la folie de la raison et la cause de cette difficulté sont reconnues par un magistrat qui a étudié profondément les caractères de l'aliénation mentale. M. Sacaze fait remarquer que la raison n'est pas seulement intelligence ou entendement, qu'elle est aussi volonté. Il ne suffit donc pas, pour affirmer qu'un homme est en possession de sa raison, d'avoir constaté qu'il est capable de comprendre et de juger, que son raisonnement ne présente point de lacune, que ses réponses sont naturelles et suivies; il faut avoir reconnu que cet homme a conservé son libre arbitre, car, « si la passion subjugue la volonté au point que

[1] M. le docteur Cerise, *Journal des débats* du 18 septembre 1862.

[2] M. Dumesnil, *Journal de médecine mentale*, par M. Delasiauve, médecin en chef de l'hospice de Bicêtre..... (T. I, 1861, p. 278.)

[3] M. Berthier, Mémoire sur les erreurs et préjugés relatifs à la folie; *Journal de médecine mentale* précité, p. 216.

[4] *Journal* précité, t. VI, 1866, p. 230 et 232.

Digitized by Google

celle-ci n'ait plus qu'à obéir, non parce qu'elle tombe dans une accidentelle langueur, mais parce qu'elle est impuissante et opprimée, que devient dans ce cas la raison [1]? »

Tant que la loi protégera le prodigue comme tel, les juges qui hésiteront à reconnaître la faiblesse d'esprit chez la personne dont la demi-interdiction sera demandée, nommeront au défendeur, s'il est dissipateur, un conseil judiciaire pour prodigalité [2].

Mais après l'abrogation de l'article 513, le tribunal qui ne sera pas convaincu de la faiblesse d'esprit du prodigue, répondra *pro libertate*, car, dans le doute, il ne peut exclure le défendeur du droit commun en le privant de sa capacité.

On me dit : Les juges, qui douteront, feront appel à la science et à l'expérience des médecins spécialistes! — D'accord. — Mais le rapport des médecins ne fera pas toujours cesser l'hésitation du tribunal.

Dans un procès, rapporté fort au long par M. de Castelnau [3], dix médecins croyaient à la nécessité de l'interdiction, quatre médecins n'y croyaient pas.

En Espagne, sept docteurs, dont l'un a été nommé depuis commissaire extraordinaire pour l'inspection de tous les asiles d'aliénés, ont été d'avis que Doña Juana Safrera était en état de démence; quatre médecins et l'Académie de médecine et de chirurgie de Valence ont été d'avis contraire [4].

S'il est difficile à ce point de discerner la raison de la folie, il faut abolir l'interdiction! Non, des motifs supérieurs, le devoir de protéger les fous et le devoir de respecter la liberté

[1] M. Sacaze, *De la folie dans ses rapports avec la capacité civile; Revue de législation*, t. XL, p. 251.

[2] Voy. arrêt de la Cour de Rouen, du 18 janvier 1865 (Samson); Devill. et Car., 1865, 2, p. 350. — Afin d'éviter toute difficulté, le demandeur en interdiction ou en nomination d'un conseil pour faiblesse d'esprit, doit conclure subsidiairement, s'il y a lieu, à la dation du conseil pour prodigalité.

[3] *De l'interdiction des aliénés*, p. 35 et suiv., p. 153 et suiv.

[4] Voy. *Gazette des tribunaux* des 13-14 mars 1865, art. *Variétés*. — M. Ernest Chaudé, qui raconte ce curieux procès, ajoute que plus on étudie les travaux des aliénistes modernes, plus on reconnaît que « pour se prononcer il faut un long et sérieux examen, que le concours des hommes de l'art est indispensable et que souvent on n'arrive malgré tout qu'au doute et à l'hésitation. »

Digitized by Google

ne permettent pas de soustraire les juges à la difficulté de reconnaître la folie, quand la demande en interdiction n'articule pas de faits de prodigalité. Mais, dans le cas contraire, il n'est point inévitable d'imposer aux juges la même difficulté. J'ajoute que l'article 499 est un secours pour les tribunaux saisis d'une demande en interdiction, puisqu'il leur permet, « si les circonstances l'exigent, » de nommer seulement un conseil au défendeur. N'est-il pas utile que, pareillement, l'article 513 vienne en aide aux tribunaux, lorsque la faiblesse d'esprit est douteuse, mais la prodigalité certaine?

Cependant, s'il est injuste qu'une personne saine d'esprit reçoive pour prodigalité un conseil judiciaire, je conviens que l'article 513 ne peut être maintenu par la seule raison que ce texte donne au juge le moyen de sortir d'embarras. Le premier devoir du législateur est d'être juste. Dès qu'il sera prouvé que la loi porte une atteinte injuste à la liberté du prodigue sain d'esprit, je demanderai, avec M. Batbie, que la loi soit réformée, dussent quelques insensés ou quelques faibles d'esprit être privés du secours de la demi-interdiction.

Pour démontrer que la société a le droit de frapper le prodigue, comme tel, d'une certaine incapacité, je suppose désormais des dissipateurs de plus de vingt-cinq ans, de caractère énergique, connaissant les affaires, doués même d'une capacité peu commune [1].

Leurs passions, qu'ils pourraient, mais qu'ils ne veulent pas contenir, les jettent dans des dépenses qui dévorent revenus et capital.

Mieux encore, ils sont prodigues par système. Leur devise est : courte et bonne. Ils disent, avec un personnage d'une comédie moderne : « La vie ne vaut pas qu'on l'accepte sans

[1] Un prodigue « peut être plein de raison, d'honneur, d'élévation même, en tout ce qui n'est pas sa dépense pécuniaire, » M. Sirey (Observations critiques sur un arrêt de la Cour de cassation, qui avait déclaré un prodigue pourvu d'un conseil, incapable d'être juré ; affaire *Froment;* Sirey, 1825, I, p. 391). — D'Olive avait dit déjà : « Il arrive souvent que la nature aussi prodigue envers eux (les dissipateurs) de ses grâces, qu'ils le sont envers les autres de leurs biens, les partage si avantageusement des richesses de l'esprit qu'ils se font autant admirer par leur doctrine et par leur éloquence qu'ils se rendent déplorables par la mauvaise conduite de leur fortune. »

Digitized by Google

conditions; tant qu'elle se laissera mener à grandes guides, j'y consens; le jour où elle m'obligera à trottiner, bonsoir[1]! »

L'hypothèse d'un dissipateur qui raisonne sa prodigalité et la conduit logiquement[2], me paraît être la plus favorable à l'abolition du conseil judiciaire.

M. Batbie demande cette abolition pour plusieurs raisons :

Il est facile au prodigue de tromper les tiers, sans qu'il y ait pour ceux-ci un moyen de découvrir l'incapacité; les douleurs que cause à la famille la prodigalité d'un de ses membres, ne sont pas un motif suffisant de porter atteinte à la liberté du prodigue; la prodigalité ne peut pas être rigoureusement définie; elle prête à des appréciations arbitraires, de la part des tribunaux; pour la constater, les juges doivent s'immiscer dans la manière de vivre des particuliers, ce qui est mauvais; il y a beaucoup de manières de se ruiner, et puisque la loi ne peut pas les supprimer, il n'est pas bon qu'elle crée des entraves qui seront impuissantes.

M. Batbie comprendrait qu'on accordât aux tribunaux le pouvoir de réduire des engagements excessifs. Le tiers aurait été prévenu, par l'excès de l'obligation, qu'il avait devant lui une personne dont les habitudes étaient dérangées[3].

Je vais reprendre une à une les raisons que M. Batbie présente, de l'abolition du conseil judiciaire. Chemin faisant, je discuterai le système de la réduction des dépenses excessives.

« Pourquoi, dit mon honorable collègue, tendre un piége « aux tiers qui contractent avec le prodigue? Les personnes « qui traitent avec un interdit, ou avec celui dont les facultés « sont affaiblies (499 C. Nap.), sont averties par l'état mental « qu'il y aurait imprudence à contracter. Mais le prodigue ne « porte aucun signe du caractère de la démence, et il lui est « facile de tromper les tiers sans qu'il y ait pour ceux-ci un « moyen de découvrir l'incapacité. . . . . .

. . . . . .

« Celui qui a traité sincèrement, qui n'a été averti de l'inca- « pacité du prodigue ni par son état mental ni par le chiffre

[1] M. Émile Augier, *la Contagion*.

[2] « Comme il y a une infinité de choses sages qui sont menées d'une manière très-folle, il y a aussi des folies qui sont conduites d'une manière très-sage. » (Montesquieu.)

[3] *Loc. cit.*, p. 132 et 133.

Digitized by Google

« de la dette, a quelque raison de trouver la loi insidieuse[1]. »

Pour repousser le reproche fait à la loi, de tendre des embûches à la bonne foi du public, un mot, d'abord, sur la publicité légale en cette matière.

Le jugement qui prononce soit une interdiction complète, soit une demi-interdiction, est rendu à l'audience publique; ce qui a fait dire spirituellement que le secret de l'interdiction a ceci de particulier qu'il doit être gardé par tout le monde[2]. — Le jugement est inscrit, dans les dix jours, sur les tableaux qui doivent être affichés dans la salle de l'auditoire du tribunal et dans les études des notaires de l'arrondissement. Il est, de plus, inséré dans un journal[3].

Sans doute, après quelques années, cette publicité n'arrive pas toujours, d'elle-même, aux personnes qui entrent en relation avec le prodigue. Mais celles-là seulement ont besoin d'être averties, qui se proposent de faire un des actes prévus par l'article 513. Or, la prudence la plus ordinaire leur défend de plaider, de transiger, etc., avec un inconnu. Renseignements pris, elles sauront que la personne est pourvue d'un conseil judiciaire.

Un joaillier étranger poursuivait un prodigue, devant la Cour de Paris, en payement de 73,000 francs pour fournitures de bijoux. Le créancier prétendait avoir ignoré la condition de son débiteur, dont l'âge, les habitudes de luxe et l'état de maison étaient de nature à lui faire croire qu'il pouvait sans risques exécuter des demandes de cette importance. La Cour a jugé qu'en livrant des marchandises de luxe pour une somme aussi considérable, en moins de onze mois, le demandeur avait dû s'enquérir de la situation légale du défendeur; qu'à supposer qu'il ne s'en fût pas informé, il aurait commis une imprudence inexcusable, dont il devrait supporter les conséquences. — Arrêt du 27 janvier 1866.

M. Batbie dit, en parlant des sociétés, que tout ce qui est dû aux tiers, c'est l'organisation d'une publicité qui leur fasse connaître les clauses de l'acte. Pourquoi se montrer plus exigeant en matière de prodigalité?

[1] *Loc. cit.*, p. 132 et 133.
[2] M. de Castelnau.
[3] Art. 92, § 9, Tarif civil.

Digitized by Google

Si la publicité actuelle de la demi-interdiction est insuffisante [1], que la loi soit modifiée. Mais l'imperfection du mode de publicité ne saurait motiver l'abolition de l'institution elle-même.

M. Batbie paraît n'admettre en matière d'incapacité qu'une seule publicité, celle qui résulte de *l'état mental*. « Les personnes « qui traitent avec un interdit, ou avec celui dont les facultés « sont affaiblies, sont averties par l'état mental qu'il y aurait « imprudence à contracter. »

Mon savant collègue a perdu de vue, en écrivant ces lignes, la difficulté, fréquente, de reconnaître la folie.

« Si quelquefois la folie se manifeste à tous par un délire bruyant et étendu, souvent elle ne se révèle à l'observateur exercé que par de partielles et silencieuses observations..... Combien de fois, assis à une table hospitalière, dans une maison de santé, entre deux convives d'aspect et de conversation agréables, me suis-je demandé avec anxiété si ces convives étaient des invités du dehors comme moi ou des pensionnaires du dedans, admis aux distractions d'un dîner en commun [2] ! »

Ces fous étaient enfermés ; ils ne pouvaient faire des dupes ! — C'est vrai. — Mais beaucoup de fous ne sont pas placés dans des maisons de santé [3].

Elle n'a pas toujours été enfermée, la pauvre femme dont la Cour de Dijon a prononcé l'interdiction en ces termes : « Attendu qu'à des époques contemporaines et presque simultané-

[1] Telle ne paraît pas être l'opinion de la Cour de cassation : « Attendu, dit la Cour, qu'on admettrait difficilement que la fraude ait été concertée dans le but d'obtenir un jugement (portant nomination d'un conseil judiciaire) dont la publicité, garantie par toutes les prescriptions de la loi, avertit les tiers, et rend pour ainsi dire toute surprise impossible. » Req. rej., 29 janvier 1866 (Joyaux *C.* Millien); Devill. et Car., 1866, 1, p. 105.

[2] Le docteur Cerise.

[3] D'après M. le docteur Petit, médecin en chef de l'asile des aliénés de Nantes, « lorsque le délire se traduit à l'extérieur par des manifestations blessantes pour les mœurs ou capables de porter atteinte à la sûreté des personnes, force est bien de restreindre la liberté du malade. Mais, en dehors du moment où se produisent ces phénomènes redoutables pour autrui, le médecin est toujours porté à laisser à l'aliéné toute la liberté dont il peut jouir sans inconvénient. » *Examen de la loi du* 30 *juin* 1838 *sur les aliénés* (1865), p. 41.

Digitized by Google

ment, à côté de la raison qui reste à la dame G., se révèle la monomanie qui s'est emparée d'une partie de son cerveau; que momentanément isolée des funestes préoccupations qui l'assiégent, la dame G... redevient ce qu'elle a toujours été avant sa maladie, une femme distinguée, de bon ton, d'une exquise politesse, d'un esprit élevé et notamment d'une réserve de langage qui ne peut être comparée qu'à la pureté de ses mœurs.....» — Arrêt du 11 février 1863; Req. rej. 5 avril 1864; Devill. et Car., 1865, I, p. 158.

Dans cette espèce, l'*état mental*, qui n'existait pas pendant les intervalles lucides, n'avertissait pas, toujours, les tiers qu'il y avait imprudence à contracter. Faudrait-il donc abolir l'incapacité légale des fous qui ont des intervalles lucides et qui ne sont pas enfermés?

Les auteurs du Code ont sauvegardé, dans une juste mesure, l'intérêt des tiers. La faiblesse d'esprit et la prodigalité ayant des caractères moins déterminés que celui de la folie, le législateur n'a pas compris dans la disposition qui permet d'annuler les actes antérieurs au jugement, ceux qui ont été faits avant la nomination du conseil judiciaire[1].

Bien plus, la folie proprement dite ne se trahissant pas toujours au dehors, le Code ne permet d'annuler, pour démence, les actes antérieurs à l'interdiction que dans les cas où la cause de l'interdiction existait *notoirement* à l'époque où ces actes ont été faits.

Après le jugement qui prononce l'interdiction ou qui nomme un conseil, le législateur était en droit, à raison de la publicité qui accompagne et qui suit ce jugement, d'appliquer la maxime: *Nemo ignarus esse debet conditionis ejus cum quo contrahit.*

On arriverait, dans le système de mon honorable collègue, à ne plus tenir aucun compte de cette maxime. On validerait les engagements pris par un mineur qui aurait l'aspect d'un majeur! On supprimerait l'autorisation maritale parce que les tiers ne peuvent savoir de prime abord s'ils traitent avec une femme mariée! Pour continuer à protéger les fous, les mi-

[1] Voy. Fenet, t. X, p. 713. — Compar. M. Valette, *Explication sommaire...*, p. 368; — Arrêt de la Cour de Paris du 14 novembre 1865 (Baudouin); *Gaz. des trib.* du 18 novembre.

Digitized by Google

neurs et les femmes mariées par une présomption d'incapacité, et pour mettre, en même temps, à l'abri de toute surprise les tiers qui négligent de prendre des renseignements, il ne resterait, me semble-t-il, qu'un moyen, celui que le loup de la Fontaine aurait employé dans un autre but:

> Il aurait volontiers écrit sur son chapeau :
> C'est moi.....

Mais on conçoit et l'on respecte la répugnance des incapables pour ce mode de publicité.

Mon savant collègue, qui n'attache pas d'importance à la publicité du jugement, ne tient pas plus de compte d'une règle de droit éminemment protectrice de l'intérêt des tiers.

Le prodigue n'est pas restituable contre les obligations résultant de son délit ou de son quasi-délit. Ce qui est vrai du mineur et de l'interdit est encore plus vrai de la personne simplement pourvue d'un conseil judiciaire. Les manœuvres frauduleuses employées par le prodigue pour tromper les tiers sur son état, constituent, au moins, un délit civil, dont le prodigue doit certainement réparation.

La jurisprudence va même très-loin sur ce point.

Un Français pourvu d'un conseil judiciaire avait plaidé devant la Cour de Nice, avant l'annexion, sans faire connaître son incapacité ; depuis l'annexion, le prodigue a demandé la cassation de l'arrêt de la Cour de Nice. Le pourvoi a été rejeté par ce motif, entre autres, « qu'il est constant qu'au lieu d'exciper de son incapacité à ester en justice, L... a défendu à la demande formée contre lui..... comme s'il jouissait de l'intégrité de ses droits civils..... » Ch. civ., 27 mars 1865. — Devill. et Car., 1865, I, p. 261.

Ne sacrifions donc pas l'institution du conseil judiciaire au seul intérêt des tiers, qui n'est pas sérieusement compromis. Bornons-nous à perfectionner, s'il y a lieu, le système de publicité[1].

[1] D'après l'article 343 du Code civil italien, il sera tenu dans chaque préture (justice de paix) un registre des tutelles des mineurs ou interdits, et un autre registre des *curatelles* (ou conseils judiciaires). — M. Huc a signalé cette importante innovation en matière de publicité, dans son livre intitulé *Le Code civil italien et le Code Napoléon*, p. 93.

Digitized by Google

Mais une réforme qui parviendrait à préserver de toute surprise les tiers même les plus négligents, ne donnerait pas satisfaction à mon honorable collègue. M. Batbie demanderait encore l'abrogation de l'article 513, parce que la nomination d'un conseil porte atteinte à la liberté du prodigue.

« Sans doute, c'est un malheur pour la famille d'avoir pour « chef un père prodigue ; pour le père, il est désolant d'avoir « un enfant prodigue ; pour les frères et sœurs, il est triste « d'avoir un frère prodigue qui, après avoir dévoré sa fortune, « retombera probablement à leur charge. Tout cela est vrai ; « mais le rôle de la loi ne consiste pas à empêcher ces dou- « leurs, *s'il faut pour cela porter atteinte à la liberté du pro- « digue*.....[1] ».

La liberté dont il s'agit, c'est, nous le savons, la faculté pour le prodigue de disposer de son bien comme il l'entend.

M. Batbie n'admet pas que cette faculté soit restreinte même lorsque le dissipateur a des enfants ou des ascendants.

Je ne peux concilier un tel respect des droits du prodigue et un tel abandon des droits de sa famille avec la doctrine de l'honorable auteur sur les réserves des enfants et des ascendants.

« Quelque absolue qu'elle soit, dit M. Batbie, la propriété « a des limites, et son caractère de *droit absolu* signifie seule- « ment qu'il ne faut la restreindre que par nécessité. Cette « nécessité existe-t-elle en matière de *réserve?*

« Evidemment oui ; les parents sont tenus à la dette alimen- « taire envers leurs enfants ou descendants, et ces derniers « sont réciproquement obligés de fournir des aliments à leurs « ascendants. Or la dette alimentaire est un rapport d'obliga- « tion qui s'éteint à la mort de ceux qui la doivent. La réserve « a été instituée pour la perpétuer après la mort des débiteurs « d'aliments ; elle correspond à l'obligation naturelle qui lie « les ascendants aux descendants, et réciproquement.

« Serait-il équitable qu'après avoir mis au monde une fa- « mille qui se perpétuera, c'est-à-dire après avoir créé des « besoins transmissibles, le père disposât de tous ses biens « au profit d'un étranger ou même exclusivement en faveur

[1] M. Batbie, *loc. cit.*, p. 182.

Digitized by Google

« de l'un de ses héritiers? La réserve, en transmettant une « portion du patrimoine, est la manière la plus complète dont « puisse être remplie *l'obligation de fournir des aliments qui « est la conséquence de la paternité*[1].....

. . . . . .

« ..... *La loi qui protége le père contre lui-même*, qui ga- « rantit à l'enfant une part de la fortune, est une loi sage « parce qu'elle ne limite le droit qu'afin de prévenir l'arbi- « traire. On a dit avec raison que la *liberté de tester* ne serait « employée que dans le sens d'une abusive *liberté d'exhé- « réder*[2] ».

On dira, avec autant de justesse, que la liberté de dépenser, sans raison et sans limite, serait, pour les prodigues, l'abusive liberté de réduire à la misère leurs femmes et leurs enfants.

Il est contradictoire de venir au secours des enfants que leur père dépouille par des donations et par des legs faits à des étrangers, et de n'avoir qu'une pitié stérile pour les enfants que ruine, par avance, la prodigalité de leur père.

« Si la loi, disait le tribunal d'appel de Colmar, interdit de donner entre-vifs au delà de la portion disponible, à plus forte raison doit-elle empêcher le dissipateur de consommer sa propre ruine et celle de ses enfants. » (Fenet, t. III, p. 472.)

M. Maleville, qui proposait de réserver la faculté de provoquer la demi-interdiction aux personnes que les dissipations du prodigue peuvent constituer en perte, demandait ce droit pour les enfants « auxquels le prodigue doit des moyens d'exister puisqu'il leur a donné la vie. » (Fenet., t. X, p. 684.)

Il y a là un cri de la nature que ne couvriront pas les plus beaux raisonnements sur le principe d'indépendance individuelle : cri des enfants, mais surtout cri des mères!

Elle sera peut-être immortelle, tant elle est vraie, la peinture du martyre de Mme Claës : « Rien n'est plus terrible à voir que cette douleur extrême dont la nature ne permet le débordement qu'à de rares intervalles, mais qui restait sur le visage comme une lave figée autour d'un volcan. On eût dit une mère mourante obligée de laisser ses enfants dans un abîme de misère sans pouvoir leur léguer aucune protection humaine..... »

[1] *Loc. cit.*, p. 140 et 141.
[2] *Loc. cit.*, p. 142.

Digitized by Google

Ne dites pas que le contrat de mariage de Mme Claës aurait pu garantir sa fortune personnelle! Vous ne voulez pas du régime dotal.

Restait la séparation de biens; mais pour y recourir il fallait que Mme Claës humiliât elle-même, devant toute la ville, un mari passionnément aimé.

La pauvre femme eut bien un jour le courage de dire à Claës : « S'il ne s'était agi que de moi, j'aurais continué à souffrir en victime, sans élever la voix devant mon cher seigneur; mais tes fils ont besoin de considération. Je t'assure qui si tu continuais à dissiper ainsi ta fortune, quand même ton but serait glorieux, le monde ne t'en tiendrait aucun compte et son blâme retomberait sur les tiens... » Puis, lorsqu'elle vit son mari qui avait renoncé, par amour pour elle, à son laboratoire, tomber dans le marasme, cette femme « sans force contre les générosités du cœur » le délia de son serment.

Ne faut-il pas que, dans une pareille situation, un parent puisse provoquer la demi-interdiction du père, du mari ou du fils sans entrailles?

Il est des individualistes qui font cette concession.

M. Bertauld se demande si la nomination d'un conseil n'est pas un empiétement sur la souveraineté de l'individu. Mais notre honorable collègue suppose que le prodigue est célibataire, qu'il n'a que des parents éloignés, qu'il n'est ni légalement ni même moralement astreint à fournir à personne des moyens d'existence [1].

M. Huc réclame, comme M. Batbie, la liberté du prodigue; il pense aussi qu'on obéit à une tendance dangereuse lorsqu'on protége le dissipateur contre lui-même. Mais le savant professeur veut du moins que la loi mette la femme et les enfants à l'abri des prodigalités du père et du mari. Il considère encore comme légitime la demi-interdiction du dissipateur qui a des frères ou des sœurs [2].

[1] *La liberté civile*, p. 228.

[2] *Le Code civil italien et le Code Napoléon*, p. 12 et 93. — Voy. M. de Castelnau, *De l'interdiction des aliénés*, p. 57. — Voy. aussi M. Mill, *loc. cit.*, p. 184 : « Toute augmentation de prix (des boissons fortes, par l'impôt) est une prohibition pour ceux qui ne peuvent atteindre le nouveau prix, et quant à ceux qui le peuvent, ils subissent une pénalité pour satisfaire un goût particulier. Le choix de leurs plaisirs et leur manière de dépenser leur

Digitized by Google

Dira-t-on qu'il suffirait, pour protéger la famille, de donner au juge le pouvoir de réduire les engagements excessifs?

Je m'expliquerai plus loin sur l'efficacité de ce tempérament. Ici je me borne à remarquer que la réduction des engagements irait, comme la demi-interdiction, contre la maxime même de M. Batbie: le majeur qui est sain d'esprit doit conserver la libre disposition de sa fortune.

Le prodigue n'aurait pas cette libre disposition si les tiers avec lesquels il voudrait contracter, avaient la crainte de voir leurs créances réduites pour excès. Souvent les marchands refuseraient de vendre, les capitalistes de prêter au dissipateur. Ce dernier pourrait dire, comme un personnage de Plaute: « *Lex me perdit... metuunt credere omnes.* »

Il ne serait même pas possible, dans la doctrine de mon honorable collègue, de faire ordonner par justice qu'une certaine portion de la fortune du prodigue serait soustraite à ses folles dépenses, et qu'elle serait placée pour assurer, dans l'avenir, la nourriture et l'entretien des enfants. Le dissipateur réclamerait, au nom de la liberté, contre une mesure qui lui enlèverait la disposition de cette portion de ses biens.

La liberté du prodigue ne sera intacte que si la loi ne fait, en ce qui le concerne, aucune exception au droit commun. Mais une pareille loi violerait, contre la famille, le droit naturel de défense. Elle serait exposée aux malédictions du père, de la mère, de la femme, des enfants du prodigue. L'opinion publique prendrait parti pour la mère dont les enfants vont manquer de pain, contre la loi qui demeurerait absolument sourde aux appels de cette mère. Cela serait très-grave!

M. Batbie n'a certainement pas écarté, par avance, l'obstacle que les droits des parents du dissipateur opposent à sa doctrine, lorsqu'il a dit: « Quant au sort des familles, je ferai observer « qu'il serait juste avant tout de considérer le *sort de la famille* « des tiers avec lesquels traite le prodigue [1]. »

Le sentiment public s'émeut, avant tout, du sort de la femme et des enfants du joueur ou du débauché. Or (c'est mon honorable collègue qui parle): « Lorsqu'un sentiment est profond et gé-

revenu, *après qu'ils ont rempli leurs obligations légales et morales envers l'État et les individus*, ne regardent qu'eux-mêmes et ne doivent dépendre que de leur jugement. »

[1] *Loc. cit.*, p. 133, en note.

Digitized by Google

néral, il faut que la science, si elle est bien faite, arrive par l'analyse au même but que nos inspirations instinctives [1]. »

Le débat se resserre de plus en plus, si M. Batbie m'accorde, et, peut-être, la logique le demande, qu'il faut continuer à donner un conseil judiciaire, sauf à rendre la publicité plus efficace, non-seulement au prodigue par faiblesse d'esprit, mais encore au jeune homme prodigue par défaut de maturité, mais encore à l'homme mûr d'âge, de raison, de volonté, prodigue par passion ou par système, toutes les fois que cet homme est marié, ou que, veuf, il a des enfants ou des ascendants.

Je prie le lecteur de vouloir bien, encore un instant, me suivre sur l'étroit terrain qui, si je ne me fais illusion, reste seul à la doctrine que je combats, et qui même ne me paraît pas lui appartenir.

Le prodigue qui va nous occuper aura, je le suppose, dépassé depuis longtemps l'âge de la majorité; il sera doué d'une intelligence plus que suffisante, d'une volonté qui ne relève que d'elle-même; il n'aura pas d'ascendants, pas de descendants, ni par le sang ni par l'alliance; il ne sera pas marié; il ne pourra donc exiger de personne des aliments; il n'en devra à personne; conséquemment, il n'aura pas d'héritier à réserve.

Certes, il est rare que ces conditions se trouvent réunies. Affranchir du conseil judiciaire les prodigues chez lesquels elles existeraient toutes, ce ne serait pas, quant au nombre, faire à M. Batbie une concession importante. Mais il serait infiniment grave, au point de vue des principes, de reconnaître que la loi n'a le droit de diminuer la capacité des prodigues, majeurs et sains d'esprit, que dans le cas où le respect des droits d'autrui exige cette restriction.

Je prétends que l'intérêt du prodigue lui-même et l'intérêt de la société suffisent pour rendre légitime la nomination d'un conseil judiciaire.

[1] *Nouveau cours d'économie politique*, t. II, p. 199. — « Le droit de l'enfant à exister par la famille repose sur un double fondement : sur les devoirs que *les instincts* de notre nature gravent au fond des cœurs et dictent aux lois positives; sur la mutualité continue d'obligations qui, contractées envers les uns, soldées envers les autres, convertissent nos dettes à l'égard de nos pères et mères en créance de nos enfants. (M. Rénouard, *Du droit industriel*, p. 459, 460.)

Digitized by Google

Afin d'établir le premier point, je prouverai d'abord, en thèse générale, que la loi peut avoir le droit de protéger contre lui-même un majeur sain d'esprit.

M. Batbie n'a pas, que je sache, avancé, dans son mémoire, la proposition contraire. Mon honorable collègue n'a pas demandé l'abrogation en bloc de toutes les dispositions des lois françaises, qui restreignent la capacité des majeurs dans leur seul intérêt. M. Batbie a seulement critiqué certaines protections, entre autres, celle que la loi donne au prodigue [1].

Mais il est des individualistes qui refusent au législateur, d'une manière absolue, le droit de protéger la personne contre elle-même. J'examinerai leur doctrine parce qu'il est indispensable, pour aller au fond de la question pendante, de pénétrer jusqu'au principe par lequel on prétendra, peut-être, la résoudre.

M. Mill s'exprime ainsi : « Le seul objet qui autorise les hommes, individuellement ou collectivement, à troubler la liberté d'action d'aucun de leurs semblables, est la protection de soi-même. La seule raison légitime que puisse avoir une communauté pour user de force contre un de ses membres, est de l'empêcher de nuire aux autres. *Elle n'a pas une raison suffisante dans le bien de cet individu*, soit physique, soit moral..... La seule partie de la conduite de l'individu pour laquelle il soit justiciable de la société, est ce qui concerne les autres. Pour ce qui n'intéresse que lui, son indépendance est, de droit, absolue. Sur lui-même, sur son corps et sur son esprit, l'individu est souverain [2]... »

En ce qui concerne les autres, M. Mill accorde beaucoup. « ... On peut, en toute justice, dit-il, rendre un homme responsable envers la société, s'il n'accomplit pas certains actes de bienfaisance individuelle, le devoir évident de tout homme ; tels que sauver la vie de son semblable ou intervenir pour dé-

[1] Dans son *Cours d'économie politique*, mon honorable collègue paraît aller plus loin ; il dit : « Vous avez remarqué sans doute plusieurs dispositions de nos lois qui défendent aux parties certaines clauses, à peine de nullité dans le cas où elles seraient faites malgré la prohibition. Lorsque ces restrictions sont nécessaires pour assurer l'ordre public, rien n'est plus légitime ; mais si elles n'ont pas cette justification, elles sont arbitraires et doivent être condamnées. » 39e leçon, t. II, p. 181.

[2] *La liberté*, p. 17.

Digitized by Google

fendre le faible contre de mauvais traitements. Une personne peut nuire aux autres non-seulement par ses actions, mais par son inaction, et dans tous les cas elle est responsable envers eux du dommage [1]. »

Le célèbre économiste ne réussit pas à se tenir en équilibre sur le prétendu principe « que la société n'a pas une raison suffisante dans le bien d'un individu, soit physique soit moral, pour protéger cet individu contre lui-même. »

La charité a des droits qu'un esprit élevé ne peut méconnaître, quelque loin qu'il porte la théorie de l'indépendance individuelle. Écoutez plutôt M. Mill lui-même :

« Si un officier public, ou n'importe qui, voyait une personne sur le point de traverser un pont qu'on sait n'être pas sûr et qu'il n'y eût pas le temps de l'avertir du danger qu'elle court, on pourrait la saisir et la faire reculer de force, sans violation aucune de sa liberté : car la liberté consiste à faire ce qu'on désire, et cette personne ne désire pas tomber à la rivière. » Néanmoins, *quand il n'y a pas la certitude*, mais seulement le risque du danger, la personne elle-même peut seule juger de la valeur du motif qui la pousse à courir ce risque. Dans ce cas, par conséquent (à moins que ce ne soit un enfant, ou que la personne n'ait le délire ou ne soit dans un état d'excitation ou de distraction incompatible avec l'usage complet de ses facultés), on devrait, selon moi, l'avertir seulement du danger et ne pas l'empêcher par force de s'y exposer [2]. »

Mais s'il y a certitude du danger, M. Mill admet, paraît-il, que la personne n'est plus seule juge de la valeur du motif qui la pousse à s'y exposer. M. Mill conviendrait donc que l'on a le droit de s'opposer, même par la force, à un suicide [3].

L'individu n'a donc pas un pouvoir souverain sur son corps, sur sa vie ! Il n'a pas non plus, — et c'est M. Mill encore qui le dit, — un pouvoir souverain sur sa liberté. L'individu ne peut se vendre ni consentir à être vendu comme esclave, car « le principe de liberté ne peut pas exiger qu'il soit libre

[1] *Loc. cit.*, p. 19 et 20. — « Il est vrai, ajoute M. Mill, que, dans le dernier cas, la contrainte doit être exercée avec beaucoup plus de ménagement que dans le premier..... »

[2] *Loc. cit.*, p. 176.

[3] « Nous pouvons, nous devons même empêcher par la force le suicide d'un de nos semblables. » M. Cousin, *Justice et charité*, p. 44.

Digitized by Google

de n'être pas libre. Ce n'est pas liberté que de pouvoir renoncer à sa liberté [1] ».

C'est vrai — l'homme n'a pas le droit de renoncer à la sublime destinée de la personne, de l'être libre. — Mais enfin, s'il a consenti à se faire la chose d'un autre homme, il faut, pour que le contrat ne s'exécute pas malgré lui, que la loi répute ce contrat non avenu, qu'elle lui refuse même la sanction des dommages-intérêts.

La loi intervient donc ici dans l'intérêt du majeur sain d'esprit, en le restituant contre un consentement imprudemment donné; elle protége ce majeur contre l'oubli de sa propre dignité. — M. Mill proclame la légitimité de cette protection.

Allons plus loin. — M. Batbie n'aurait pas manqué de s'élever, s'il les eût désapprouvées, contre la disposition du Code civil qui défend de s'engager par corps hors des cas prévus par la loi, et contre celle qui ne permet de louer ses services qu'à temps ou pour une entreprise déterminée. Mon savant collègue approuve, je crois, ces restrictions à la liberté des conventions. Et cependant, ce sont autant de protections accordées, par la loi, même aux majeurs sains d'esprit!

La loi du 9 septembre 1848 porte que la journée de l'ouvrier dans les manufactures et usines ne pourra pas excéder douze heures de travail effectif [2]. Si M. Batbie ne demande pas, au nom de la liberté, l'abrogation de la loi de 1848, il admet, dans ce cas encore, que la loi peut couvrir de sa protection même les majeurs sains d'esprit.

Ce serait étrangement comprendre la liberté et la dignité de l'homme que de la faire consister dans le droit de s'anéantir, de sacrifier sa santé et sa vie dans des travaux excessifs. Telle fut la réponse que l'on fit, en 1848, à cette objection : L'ouvrier doit avoir « la faculté de disposer librement de son travail qui est son capital, sa propriété [3]. »

M. Batbie ne propose même pas d'abroger la disposition

[1] *La liberté*, p. 188.

[2] Un décret du 31 janvier 1866 vise cette loi en autorisant, par exception et momentanément, à prolonger d'une heure par jour la durée du travail effectif dans les ateliers de filature de soie.

[3] Duvergier, *Collection des lois*, t. XLVIII, p. 491, notes.

Digitized by Google

du Code qui défend à l'époux de faire à son conjoint une donation irrévocable.

Mais, diront MM. Mill et Batbie, de ce que la société a le droit d'empêcher le suicide, d'annuler les conventions par lesquelles une personne abdique sa liberté, ou même, prend des engagements de travail dont l'exécution ruinera sa santé physique et morale, de restituer l'époux contre une libéralité par lui consentie, sans l'astreindre à prouver la menace ou la séduction, il ne résulte pas que la demi-interdiction du prodigue, sain d'esprit, soit légitime!

D'accord. — Mais il résulte des concessions faites par les défenseurs du principe d'indépendance individuelle, que, dans certains cas, le devoir de charité autorise le législateur à restreindre la liberté!

Cela posé, on n'a plus le droit de dire d'une manière absolue que la seule raison légitime que puisse avoir une communauté pour user de force contre un de ses membres est de l'empêcher de nuire *aux autres*, qu'elle n'a pas une raison suffisante d'intervenir, *dans le bien soit physique, soit moral de cet individu*. Nos adversaires sont obligés, par leurs propres décisions, de nous accorder qu'il est des cas où la loi puise une raison suffisante de diminuer l'indépendance, dans l'intérêt même de la personne dont elle restreint la liberté. Et qu'on ne réponde pas : Les lois de protection qui viennent d'être citées ne diminuent pas préventivement la capacité du majeur sain d'esprit; elles refusent seulement, après le contrat formé, de contraindre le débiteur à l'exécution! — Il est évident qu'en fait les ouvriers n'ont pas la faculté de s'engager à travailler quatorze heures par jour, les domestiques n'ont pas celle de louer leurs services à vie, s'il est légalement impossible aux patrons et aux maîtres de poursuivre en justice les ouvriers et les domestiques qui ne rempliraient pas leurs obligations. Voilà donc des incapacités, partielles, il est vrai, mais préventives comme le sont toutes les incapacités.

La question relative au prodigue a fait un grand pas, me semble-t-il; elle n'est plus pour le législateur une question de principe, mais une question d'appréciation. Une fois démontré qu'il appartient à la loi, dans quelques cas, de protéger contre lui-même le majeur sain d'esprit, il ne s'agit plus que de

Digitized by Google

savoir si la loi peut user de ce pouvoir, en faveur du prodigue. La question, ainsi réduite, mérite encore un sérieux examen.

Protection ou charité, c'est la même chose. Or, j'en conviens, « la charité est souvent le commencement et l'excuse, et toujours le prétexte des grandes usurpations [1]. »

La justice exige le respect par la loi de la personne, et, par suite, du droit de propriété, attribut essentiel de la personne. « La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue.... » La loi excède-t-elle la mesure dans laquelle la charité doit se renfermer, pour ne pas entreprendre sur la justice, lorsqu'elle met une limite au droit de disposer dans le seul intérêt du propriétaire prodigue?

Non, suivant moi, parce que la loi ne fait que devancer le retour du propriétaire au bon sens, ce maître légitime de la vie humaine, que la passion ou le sophisme fait taire actuellement chez le propriétaire prodigue; non, parce que la loi défend, en pareil cas, contre le propriétaire, la dignité même de ce propriétaire, la santé de son corps et de sa raison, qui sont menacées, non moins que sa fortune, par sa prodigalité.

Supposons que la loi, refaite au gré de mon honorable collègue, ne permette plus de donner au dissipateur un conseil judiciaire. Entraîné par sa passion ou par son système, le prodigue a descendu, jusqu'au bas, la pente de la ruine. Le millionnaire d'hier n'est plus que l'indigent d'aujourd'hui. Il a perdu, cela n'est pas rare, non-seulement sa fortune, mais l'habitude du travail, l'aptitude même au travail, plus encore, la santé et, avec elle, la force de travailler.

La douleur de la chute et les souffrances de la pauvreté et de la maladie peuvent chasser le vice et le sophisme. Le prodigue, corrigé ou désabusé, ne dira-t-il pas lui-même à la société : « En m'abandonnant à ma passion ou à mon système, vous avez manqué au devoir de charité. — Vous pouviez me sauver et vous vous êtes détournée de moi! — A défaut de pitié pour le malheur que je me préparais, vous deviez du moins avoir souci de ma dignité et de mon indépendance dans l'avenir. Par la crainte, imprévoyante, d'effleurer ma liberté au temps de ma splendeur, vous m'avez laissé tomber, pour le temps de ma ruine, sous le joug de l'assistance publique ou privée? »

[1] M. Cousin, *Justice et charité*, p. 45

Digitized by Google

La loi recevra-t-elle de pareils reproches sans que son prestige soit diminué?

Les murmures du prodigue encore riche, gêné par la demi-interdiction, ont peu d'écho dans le public. Les plaintes du prodigue ruiné et, peut-être, dégradé y retentiraient douloureusement.

Je préfère pour la loi les bénédictions de l'homme qu'elle aura sauvé. « Le prodigue lui-même, lorsque son œil dessillé sera en état de mesurer la profondeur de l'abîme où il se précipitait, bénira la main puissante et secourable qui l'aura arrêté et suspendu au milieu de sa chute [1]. »

Objectera-t-on que le retour du prodigue au bon sens ne sera pas payé trop cher par la perte complète de sa fortune?— Cela me paraîtrait dur. —L'âge suffit pour amortir les passions et pour laisser voir le néant des systèmes. Puisque la justice ne s'y oppose pas, donnons au prodigue la leçon de la charité et non pas celle du malheur.

M. Batbie a combattu, dans son *Cours d'économie politique*, les objections que plusieurs économistes adressent à la bienfaisance publique; il veut que la charité publique ou privée s'étende même aux pauvres qui ne le sont devenus que par imprévoyance? « Tous les raisonnements ne feront pas, dit mon excellent collègue, que si un homme tombe dans l'indigence, même par sa faute, on l'abandonne à son malheur sans le secourir [2]. »

Je partage entièrement l'opinion de M. Batbie sur ce point; mais j'ajoute : Tous les raisonnements ne feront pas que, si un homme se dispose à se tuer, s'il aliène sa liberté, s'il engage son travail à des conditions de durée qui détruiront ses forces, s'il renonce au droit de révoquer une donation que son conjoint a, peut-être, obtenue par séduction ou par menace, s'il court vers la ruine par la prodigalité, on ne porte secours à cet homme, en lui arrachant l'arme dont il veut se frapper, en rompant le contrat par lequel il s'est lié, en déclarant révocable la donation qu'il a proclamée irrévocable, en le sauvant de

[1] M. Tarrible. — Fenet, t. X, p. 739. — Est-il possible que le prodigue qui maudit la loi, finisse par la bénir? — Oui. — « Quand une passion ou une idée exclusive domine l'homme, rien ne lui est plus inconnu que sa propre conduite future, et il sait encore moins ce qu'il fera que ce qu'il fait. » M. Guizot, *Méditations sur l'état actuel de la religion chrétienne*, p. 38. — J'ajouterai : et il sait encore moins ce qu'il dira que ce qu'il dit.

[2] *Nouveau cours d'économie politique*, 40e leçon.

Digitized by Google

la misère par la nomination d'un conseil, et cela quelque sain d'esprit qu'il soit ou qu'il ait été.

Je crois avoir montré que l'intérêt seul du prodigue justifie, mieux encore, exige l'intervention de la loi. Il me reste à prouver que l'intérêt de la société commande cette intervention.

Je n'ai pas besoin d'établir, contre mon honorable collègue, le mal économique produit par la prodigalité. M. Batbie est d'avis que ce vice a pour résultat de faire renchérir les denrées, soit par une consommation considérable, soit par l'activité du numéraire [1]. M. Portalis avait déjà dit : « On a prétendu que la prodigalité répand les richesses et les rend utiles. Cette prodigalité qui consomme et qui reçoit l'équivalent de ce qu'elle donne, n'est pas celle dont s'occupent les lois : la vraie prodigalité dissipe sans objet ; elle ne produit que désordre et scandale : aussi les lois l'appellent-elles *nequitia* [2]. »

Le mal économique est le moindre de ceux que la prodigalité cause à la société.

Je n'insisterai pas, dans la crainte d'abuser de la patience du lecteur, sur la charge, que tôt ou tard supportera la société, de nourrir le dissipateur ruiné. D'abord, il obtiendra quelque emploi que souvent il ne sera pas capable de remplir et qu'il ne saura conserver. Plus tard, il se fera porter sur la liste des indigents. Les auteurs du Code apercevaient cette conséquence de l'abolition du conseil judiciaire.

Ils craignaient encore, non sans raison, que les excès, la ruine et la dégradation du prodigue ne fissent de lui un homme dangereux [3].

Le plus grand mal social de la prodigalité est, à mon sens, le mauvais exemple « qui crée plus de misère que la grêle, le feu ou la famine [4]. »

Ce sont les prodigues qui affichent surtout le luxe extravagant que mon honorable collègue qualifie de malsain, et qui,

[1] *Nouveau cours d'économie politique*, 30e leçon

[2] Fenet, t. X, p. 691.

[3] M. Portalis, *Fenet*, t. X, p. 690. — « Ce sera un factieux, disait M. Tarrible; Catilina commença par la prodigalité ; il finit par la rébellion. » *Loc. cit.*, p. 739.

[4] M. Rénouard, *Du droit industriel*, p. 463

Digitized by Google

d'après lui, conduit une société à la décadence morale.

M. Batbie voudrait qu'il fût possible « de frapper ce luxe par tous les moyens. » Toutefois, il déclare avec Montaigne que les lois somptuaires ont été et seront toujours impuissantes à le réprimer [1]. Je partage, sur le luxe et sur les lois somptuaires, l'avis de mon honorable collègue. Mais je lui soumets cette question : Est-il opportun d'enlever à l'un des organes les plus élevés de la morale publique, à la justice, le seul moyen que la loi lui donne et puisse lui donner d'infliger, dans la personne des prodigues, un blâme public au luxe extravagant? L'humiliation qui s'attache à la nomination d'un conseil, n'est-elle pas un frein qu'il serait, actuellement, téméraire de supprimer?

Aujourd'hui, dit M. Guizot, « les sentiments honnêtes et généreux abondent dans les jeunes âmes..... Mais par un étrange et déplorable amalgame, les bons instincts et les mauvaises tendances y coexistent simultanément; les idées les plus inconciliables s'y rencontrent et y persistent ensemble; la vérité n'en chasse pas l'erreur; la lumière y apparaît, mais au sein du chaos, et pas assez forte pour le dissiper [2]. »

Parmi les mauvaises tendances que le législateur ne saurait perdre de vue, figure, sans aucun doute, l'entraînement à l'abus des jouissances matérielles et, par suite, à l'excès des dépenses.

Le Sénat et le Corps législatif ont entendu, sur ce point, le *caveant consules* (*vel censores*).

Ce qui est plus décisif peut-être, c'est le témoignage des écrivains qui observent et décrivent spécialement le monde de plaisir, monde toujours nombreux au gai pays de France.

M. Ernest Feydeau a publié, cette année, un opuscule sur le luxe des femmes, etc. L'auteur réfute MM. Dupin et de la Guéronnière; il ne peut être suspecté de sévérité pour son époque.

Que dit-il cependant? « Aujourd'hui... que le but suprême pour tous les peuples est la prospérité matérielle, comment pouvez-vous espérer que cette prospérité si furieusement convoitée ne comportera nul excès, et pourquoi vous étonnez-vous que ces excès consistent précisément dans la rage de *paraître* et l'amour de tous les plaisirs [3]?..... » Et plus loin :

[1] *Nouveau cours d'économie politique*, t. II, 31e et 41e leçons.

[2] *Méditations sur l'état actuel de la religion chrétienne*, préface.

[3] Page 72.

Digitized by Google

« Nous dépensons tous trop d'argent! Voilà le fait patent le plus grave que l'on puisse articuler contre la société moderne. *Presque pas un de nous ne se contente de ses revenus*[1]..... »

Tels sont les signes du temps. Or, que de gens disent, comme Philinte :

Il faut fléchir au temps sans obstination!

N'est-il pas nécessaire que, de loin en loin, un jugement raffermisse ceux qui chancellent sur la voie de l'économie, en leur inspirant la crainte salutaire d'être quelque jour publiquement convaincus de prodigalité et frappés d'interdiction partielle[2]?

Mais, dira mon honorable adversaire, à côté de cet avantage problématique que d'inconvénients certains!

« La famille se plaint également du dissipé et du chercheur, « de celui que tourmentent les passions et de celui qu'agite « une idée[3]..... »

C'est vrai. — Mais la famille n'est pas juge; et je ne crains pas que le tribunal, que la Cour impériale, chambres réunies, se décide légèrement à ralentir l'essor du génie ou du talent par la nomination d'un conseil judiciaire. Que si la justice vient à frapper d'une demi-interdiction le *chercheur*, eût-il du génie, c'est que la femme et les enfants de l'homme de génie ont, après tout, le droit de ne pas mourir de faim. J'aurais, sans scrupule, nommé un conseil judiciaire à Balthazar Claës. Peut-être, par ce jugement, aurais-je conservé une mère à ses enfants!

Mais « est-il bon de permettre à la justice une immixtion

[1] Page 184.

[2] « Pour juger des mérites d'une institution, il ne faut pas seulement « considérer le mal qu'elle réprime; mais aussi celui qu'elle empêche préven- « tivement. » M. Batbie, *Rev. crit.*, t. XXVIII, p. 161, à propos de la contrainte par corps. — On me dira peut-être : Si la charité commandait de protéger le dissipateur, et si l'intérêt social exigeait que la prodigalité fût réprimée, la loi aurait dû investir le ministère public, dans tous les cas, du droit de provoquer la nomination d'un conseil? — Je répondrai : La loi qui se reposait, à tort ou à raison, sur la famille, du soin de faire interdire les fous qui ont certainement droit à être protégés, et qui peuvent, sans être furieux, causer de grands malheurs, la loi a pu laisser à la famille le soin de demander la demi-interdiction des prodigues. — Voy., d'ailleurs, art. 8-1°, loi du 30 juin 1838.

[3] M. Batbie, *loc. cit.*, p. 133.

Digitized by Google

« aussi grave dans la manière de vivre des particuliers? »

Je demande, à mon tour, quels inconvénients ont résulté jusqu'à ce jour de cette immixtion? Le tribunal ne peut-il pas de suite, sans même demander l'avis du conseil de famille, rejeter la demande en nomination d'un conseil? Il est bien plus grave de pénétrer dans l'intérieur d'un ménage pour y chercher les torts qu'un époux a pu se donner à l'égard de son conjoint. Et cependant, nul ne demande l'abolition de la séparation de corps.

Mais comment définir la prodigalité? « Sans aller jusqu'au « *faiseur de projets*, l'éleveur qui fait courir et qui se ruine en « chevaux de course, est-il un prodigue ou un spéculateur [1]? »

Question de fait, répondrai-je. Les tribunaux ont, à cet égard, un pouvoir d'appréciation qui ne me cause point d'inquiétude. A-t-on jamais entendu dire que des armateurs hardis, que des financiers entreprenants, en un mot, que des négociants, même téméraires, eussent été arrêtés dans leurs spéculations les plus audacieuses par la nomination d'un conseil judiciaire?

M. Batbie témoigne de sa confiance dans l'appréciation des tribunaux, en matière, si délicate, de liberté individuelle. Il conseille de confier aux juges « le pouvoir de prononcer la « contrainte par corps dans le cas où ils auraient acquis la con- « viction que le débiteur a des ressources secrètes [2]. » Pourquoi se defier de l'appréciation des tribunaux en matière de prodigalité? On objectait déjà au Conseil d'État qu'il est difficile de fixer les limites au delà desquelles commence la prodigalité. La propriété, disait-on, est le droit d'user et d'abuser. M. Portalis répondait : « Ce motif pourrait faire impression s'il s'agissait d'introduire une action nouvelle et jusqu'ici inconnue ; mais comme la prodigalité est depuis longtemps une cause d'interdiction, l'expérience et l'usage ont éclairé sur la manière de reconnaître quand elle existe [3]. »

Épuisons les objections. — « Il y a beaucoup de manières de « se ruiner, et, lorsqu'on ne peut pas l'empêcher, je doute qu'il « soit bon de créer des entraves impuissantes [4]... »

[1] M. Batbie, *loc. cit.*, p. 133.

[2] *Loc. cit.*, p. 161. — Pour acquérir une conviction à cet égard, les juges ne devront-ils pas s'immiscer dans les affaires des particuliers?

[3] Fenet, t. X, p. 689. — *Junge* M. Demolombe, t. VIII, n° 692.

[4] M. Batbie, *loc. cit.*, p. 133.

Digitized by Google

Je n'aperçois pas comment il résulte de l'impuissance des lois à supprimer toutes les causes de ruine, que les lois doivent se résigner à la ruine du prodigue qu'elles peuvent empêcher.

On dit quelquefois : La nomination du conseil n'a jamais lieu qu'après la ruine consommée, ou du moins, elle ne sauve que des débris !

Mais ces débris sont précieux; et, de plus, la demi-interdiction conservera au dissipateur les biens qui lui adviendront par succession ou autrement. C'est ce que répondait M. Cambacérès[1].

J'ai déjà rappelé que la pratique moderne avait trouvé le moyen d'assurer complétement l'effet de la demi-interdiction en la faisant prononcer, s'il y a lieu, avant la majorité.

Lors même que le jugement n'est rendu qu'après la majorité, l'incapacité qui en résulte pour l'avenir peut encore sauver trois millions sur quatre (affaire de Gramont-Caderousse).

Mais pourquoi ne pas se contenter de la réduction des engagements excessifs? Alors, le tiers serait prévenu qu'il a devant lui une personne dont les habitudes sont dérangées ! Il ne pourrait invoquer sa bonne foi, puisque la nature et l'étendue de la dette l'auraient averti !

La réduction serait un mode de protection illusoire. Le prodigue qui vendrait son immeuble, ne prendrait pas *un engagement excessif;* il trouverait donc un acheteur qui lui payerait le prix ; ce prix serait bientôt dissipé. Le prodigue emprunterait même, dans l'intention, dirait-il, d'améliorer ses terres, de réparer sa maison; puis il donnerait à ses maîtresses ou bien il jouerait l'argent qui lui aurait été prêté. Y aurait-il excès de la part du prodigue à recevoir de ses débiteurs des capitaux mobiliers, qui fondraient ensuite dans ses mains, comme la neige fond au soleil? Y aurait-il excès, de nature à mettre les tiers en garde, dans une multitude d'engagements que le prodigue prendrait envers des personnes différentes ?

Lorsque le Code Napoléon autorise les tribunaux à réduire pour excès certains engagements des mineurs émancipés, il excepte les cas où les tiers auraient été de bonne foi. Mais — telle est la portée de l'art. 485 — il suffit que les engagements soient reconnus excessifs, pour que l'émancipation

[1] Fenet, t. X, p. 691.

Digitized by Google

puisse être révoquée. Les défenseurs de la liberté du prodigue ne sauraient admettre rien de semblable.

Qu'il me soit permis, en terminant, d'invoquer, en faveur de la loi française, l'autorité des lois qui ont régné dans tous les temps chez presque tous les peuples.

L'antiquité a ouvert la voie que les législateurs modernes ont suivie, et que M. Batbie veut fermer. La prodigalité était réprimée, trop durement, il est vrai, par une loi de Solon qui déclarait indigne des honneurs publics quiconque avait dissipé son patrimoine[1].

La loi des Douze Tables confirmait, par sa disposition sur l'interdiction des prodigues, un usage qui remontait à l'origine même de Rome[2].

On remarquera que, dans le droit romain, l'interdiction du prodigue (*qui liberos ad egestatem perducebat*) a précédé les restrictions du droit de disposer par testament.

D'après la formule d'interdiction que prononçait le préteur, le prodigue était celui qui dissipait les biens qu'il avait reçus de son père ou de son aïeul. Mais en fait, « le préteur allait plus loin, dit M. Demangeat : il donnait un curateur à quiconque dissipe follement ses biens[3]..... »

Le jurisconsulte Gaïus signalait déjà l'intérêt social qui peut être invoqué, subsidiairement, en faveur de l'interdiction des aliénés « *Male enim nostro jure uti non debemus : qua ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio*[4]. »

L'interdiction des prodigues avait persisté dans les pays de droit écrit; mais on ne donnait pas toujours un curateur aux prodigues. Parfois, ils recevaient seulement un conseil que le

[1] Voy. Ad. Garnier, *De la morale dans l'antiquité*, p. 23. — Eschine contre Timarque; *Oratores attici...*, t. XII, p. 21.

[2] Ulpien, L. 1, pr., *De curat. furiosi*, ff. (27, 10).

[3] *Cours élémentaire de droit romain*, t. I, p. 397. — Il fallait, pour qu'il y eût lieu à la curatelle des agnats, que la personne eût recueilli *ab intestat* les biens qu'elle dissipait, parce que « la loi des Douze Tables n'avait considéré comme devant être interdit que l'individu qui, dissipant le patrimoine auquel l'avait appelé la loi elle-même, violait en quelque sorte un dépôt qu'il devait rendre intact à ses enfants. » M. Demangeat, *loc. cit.*, p. 396.

[4] Comment. I, § 53. — Conf. Justin., Instit., liv. I, t. I, § 2, « *Expedit enim reipublicæ ne suâ re quis male utatur.* »

Digitized by Google

juge nommait d'office, et sans lequel ils ne pouvaient ni aliéner ni hypothéquer leurs immeubles [1]. Voilà l'origine de notre conseil judiciaire.

Dans les pays coutumiers, l'interdiction était aussi prononcée pour prodigalité. Le juge devait prendre l'avis de la famille. Le pouvoir du curateur se bornait à l'administration des biens du prodigue et ne s'étendait pas à sa personne [2]. « Il y a des prodigues, a dit Cochin, qui ne sont gênés que dans un seul genre d'action, par exemple, à qui on défend d'entreprendre aucun procès sans l'avis par écrit d'un avocat qui leur est nommé [3]. » Cette seule incapacité exaspérait la comtesse.

. . . . . Ah, Monsieur! la misère!
Je ne sais quel biais ils ont imaginé,
Ni tout ce qu'ils ont fait; mais on leur a donné
Un arrêt par lequel, moi vêtue et nourrie,
On me défend, Monsieur, de plaider de ma vie.

CHICANEAU.

De plaider?

LA COMTESSE.

De plaider.

CHICANEAU.

Certes, le trait est noir.

Pendant l'époque intermédiaire, l'interdiction et même la nomination d'un conseil pour prodigalité, furent virtuellement abolies [4].

M. Batbie a dit que « la nomination d'un conseil judiciaire « aux prodigues fut très-vivement débattue au Conseil d'État, et « qu'elle ne passa dans la loi que sur l'observation *peu con-* « *cluante* de Cambacérès : Un prodigue peut devenir un homme « dangereux, et l'État ne peut pas être indifférent sur le sort « des familles [5]. »

Cambacérès résumait assez heureusement, me semble-t-il, les raisons qui doivent faire donner un conseil au dissipateur :

[1] Argou, *Institution au droit français*, t. I, p. 74 (1771).
[2] Pothier, *Traité des personnes*, titre 6, sect. 5, art. 1.
[3] Merlin, *Répert.*, v° *Prodigue*, § 1.
[4] Voy. Merlin, *Répert.*, v° *Prodigue*, § 7.
[5] *Loc. cit.*, p. 133, en note.

Digitized by Google

le devoir de charité envers lui et envers sa famille, l'intérêt de la société.

Mais ce n'était pas dans le Conseil d'État seulement que le droit ancien avait des partisans. Plusieurs tribunaux d'appel avaient réclamé en faveur du rétablissement soit de l'interdiction, soit du conseil judiciaire. — Un mot sur ce point d'histoire presque contemporaine.

Le projet de Code autorisait la personne qui craindrait « de se trouver exposée à des surprises et de se voir extorquer des actes qui entraîneraient sa ruine et celle de ses enfants, » à demander au tribunal un conseil sans l'assistance duquel elle ne pourrait aliéner ou hypothéquer ses immeubles [1].

Le tribunal de cassation fit observer que, si un conseil judiciaire pouvait être accordé à celui qui le demanderait, il n'y avait pas de raison pour qu'il ne le fût point à celui pour lequel il serait demandé ou auquel la justice croirait utile de le donner [2].

« Il paraîtrait convenable, dit le tribunal d'appel d'Aix, qu'un conseil de famille pût arrêter un dissipateur au bord du précipice....., comme il arrête un imbécile ou un furieux, en lui opposant la barrière de l'interdiction [3]. »

Des observations analogues furent présentées par le tribunal d'appel d'Ajaccio [4]; par le tribunal de Caen, suivant lequel, « si la raison n'est pas obstruée sous tous les rapports, chez les prodigues, elle l'est au moins sous les plus essentiels, ceux de la subsistance du prodigue et de sa famille [5]. »

J'ai cité plus haut l'observation du tribunal de Colmar qui demandait l'interdiction du prodigue.

Le tribunal de Dijon opinait pour la nomination d'un conseil [6].

Le tribunal de Nancy demandait l'interdiction parce que, « dans une société bien réglée, on doit, autant qu'il est pos-

[1] Fenet, t. II, p. 96.
[2] *Loc. cit.*, p. 535.
[3] Fenet, t. III, p. 41.
[4] *Loc. cit.*, p. 120.
[5] *Loc. cit.*, p. 407. « Il paraît d'autant plus essentiel de pourvoir à ce cas, ajoute le tribunal de Caen, que la loi projetée abroge toutes les réserves coutumières. »
[6] *Loc. cit.*, p. 498.

Digitized by Google

sible, prévenir la ruine des citoyens, et surtout pourvoir à la subsistance des enfants [1]. »

Le tribunal de Paris semble d'abord proscrire toute restriction de la capacité du prodigue. Mais que l'on mesure l'étendue de l'exception que le tribunal apporte à son principe! « Il y a des personnes tellement unies par les liens du sang et de la nature que la loi les oblige réciproquement à se fournir des aliments..... — ..... L'interdiction pour prodigalité peut donc être provoquée par ces personnes, mais par elles seules [2]. »

Le tribunal de Rennes approuvait la proposition de ne point autoriser l'interdiction forcée du prodigue.

J'ai cité, plus haut, les passages essentiels de la discussion du Conseil d'État. On se rappelle que M. Tronchet combattait le rétablissement du conseil judiciaire. Mais il voulait qu'on traitât « l'individu notoirement prodigue comme un homme en démence, » c'est-à-dire, que l'on prononçât son interdiction complète!

M. Tronchet et M. Batbie ne se fussent point entendus sur ce point.

Passons aux législations étrangères.

M. de Saint-Joseph en a présenté le tableau: En Pologne, en Belgique, à Genève et à Bade on ne frappe le prodigue, comme chez nous, que d'une demi-incapacité. A Bade, si le prodigue fait un acte qui lui soit défendu, son interdiction complète peut être prononcée: disposition bien dure! Dans presque tous les autres pays, le prodigue est interdit. En Portugal, il ne peut faire son testament.

Il n'est pas question de prodigalité dans le svod russe. La prodigalité n'est pas non plus mentionnée dans les Codes de Serbie et d'Argovie; mais, dans ces pays, on prononce l'interdiction des personnes qui ont des vices intellectuels ou qui sont incapables de gérer leurs affaires [3].

En Angleterre et en Louisiane, la prodigalité n'est pas un motif d'interdiction [4]. Toutefois, en Angleterre, les cours d'équité veillent de près sur les contrats, que l'on fait avec les

[1] Fenet, t. IV, p. 602.

[2] Fenet, t. V, p. 203 et 204.

[3] *Concordance entre les Codes civils étrangers et le Code Napoléon*, 2e édition, introduction, p. xxxvi.

[4] *Loc. cit.*, et t. II, p. 476.

Digitized by Google

jeunes gens engagés dans la dissipation, pour acquérir à vil prix les biens ou les espérances de fortune (*expectancies*) de ces jeunes prodigues [1].

Il est à remarquer que les Anglais ne connaissent pas la légitime ou la réserve dont M. Batbie est, au contraire, avec nous, un chaleureux partisan.

Même après avoir signalé ce qui est particulier à l'Angleterre et à certains pays de l'Amérique, on peut dire que l'expérience de tous les siècles, chez la plupart des peuples, est contraire à la proposition de mon honorable collègue [2].

M. Batbie ne s'étonnera donc pas que l'idée, de soustraire les dissipateurs aux entraves de la demi-interdiction, suscite quelques objections [3]. Mon honorable collègue a lui-même recommandé, à propos de la demande plusieurs fois repro-

[1] Biaxland, *Codex legum anglicanarum...*, p. 322 (1839). — Voy. aussi M. de Saint-Joseph, *loc. cit.*, t. II, p. 231, art. 287 *in fine*. — M. Mill fait de la pratique de son pays, en matière d'interdiction, une critique qui, je veux le croire, est plus piquante qu'elle n'est exacte. D'après le célèbre économiste, la personne qui se donnerait amplement, en Angleterre, le luxe de faire ce qui lui plaît, serait en danger de passer devant une commission *de lunatico* et de se voir enlever sa propriété au profit de sa famille. M. Mill ajoute qu'il y a quelque chose de méprisable et d'effrayant dans le genre de témoignage sur lequel on peut, aujourd'hui, déclarer judiciairement une personne incapable de conduire ses affaires, et après sa mort tenir pour non avenue la disposition qu'elle a faite de ses biens, si l'on y trouve de quoi payer les frais du procès qui sont pris sur les biens eux-mêmes; que tous les petits détails de sa vie quotidienne sont fouillés; que les plus pauvres d'esprit, parmi les pauvres, traduisent devant le jury comme une preuve de folie, souvent avec succès, tout ce qu'ils découvrent avec leurs facultés perceptives et descriptives, et qui n'est pas absolument un lieu commun; que les jurés sont à peine moins ignorants que les témoins; que les juges, qui ne savent rien de la nature et de la vie humaine, ce qu'on voit chaque jour avec étonnement chez le légiste anglais, contribuent souvent à induire les jurés en erreur; que ces procès valent des volumes « comme indice du sentiment et de l'opinion vulgaire en ce qui concerne la liberté humaine. » *La liberté*, p. 124 et 125, note. — Quant aux frais énormes que peut entraîner en Angleterre une poursuite en interdiction, voy., dans la *Gazette des tribunaux* du 5 février 1862, la curieuse affaire *Windham*.

[2] Compar. M. Demolombe, t. VIII, n° 691.

[3] Ces objections s'adressent à la proposition de supprimer le conseil judiciaire. Je réserve la question de savoir si la loi française peut être améliorée dans ses détails. — Compar. M. Valette, *Explic. sommaire...*, p. 383.

Digitized by Google

duite de supprimer les réserves, de ne se rendre que pour des motifs très-graves aux propositions qui ont contre elles les précédents. Il s'agit, en pareil cas, dit M. Batbie, « de revenir « sur des dispositions préparées et consacrées par l'expé- « périence..... de triompher d'une longue tradition histo- « rique[1] ! »

La tradition historique de l'interdiction du prodigue est plus longue encore que la tradition de la légitime ou de la réserve.

En résumé, la prodigalité est faiblesse, passion ou système.

Dans les trois cas, elle est funeste au prodigue, à sa famille et à la société; dans les trois cas, elle appelle protection et, par suite, dérogation au droit commun.

De tout temps, chez presque tous les peuples, la capacité des prodigues a subi des restrictions plus ou moins étendues.

La nomination d'un conseil judiciaire ne porte pas une atteinte illégitime à la liberté du dissipateur, parce que la prodigalité n'est pas liberté, mais licence.

A ce titre, elle doit être combattue, « car il n'est air, qui se hume si goulument, qui s'espande et pénètre, comme faict la licence[2]. »

A. DUVERGER.

[1] *Nouveau cours d'économie politique*, 33e leçon, t. II, p. 84.
[2] Montaigne.

(*La suite à une autre livraison.*)

Digitized by Google

L'EXTRADITION DEVANT LE PARLEMENT ANGLAIS EN 1866,

Par M. Georges Picot, juge suppléant au tribunal de la Seine.

Le débat ouvert en France et en Angleterre depuis plusieurs mois sur le traité d'extradition a traversé des phases diverses depuis la publication faite par la *Revue* dans son avant-dernier numéro [1].

Le différend n'a pas encore reçu une solution définitive, mais la discussion ouverte devant la chambre des communes a jeté une vive clarté sur la situation respective des deux gouvernements. Grâce aux débats du parlement nous connaissons exactement la nature des obstacles. Aussi croyons-nous devoir indiquer rapidement, en nous servant des documents officiels, les faits les plus récents et les prévisions qu'il nous est permis d'en tirer.

Il y a deux mois, nous avons laissé la question au moment où le premier accusé réclamé par la France venait d'être livré après une décision du magistrat de Londres, solennellement confirmée par la Cour du Banc de la Reine. La justice anglaise pour la première fois avait interprété équitablement la loi. Les documents distribués à la fin de juillet aux membres du parlement nous apprennent quelle était alors la nature des exigences anglaises : un mandat d'arrêt régulier, une copie exacte des dépositions, telles étaient les pièces nécessaires : en outre, il fallait un témoin qui pût constater l'identité de l'accusé [2] et un second témoin qui certifiât sous serment la signature du juge d'instruction et la conformité des originaux et des copies [3]. Cette dernière disposition avait un double inconvénient : elle soulevait une question qui pouvait toucher à la dignité de la magistrature et du gouvernement; elle créait dans la pratique une difficulté réelle. Comment admettre la mise en suspicion

[1] T. XXVIII, p. 521.

[2] La présence de ce premier témoin est rarement nécessaire, mais lorsque l'accusé refuse de reconnaître son identité, on comprend que le voyage d'un témoin soit le seul moyen d'éclairer le juge anglais.

[3] Dépêche de lord Cowley, n° 4. *Correspondence respecting the extradition treaty with France.*

Digitized by Google

des actes judiciaires revêtus des légalisations officielles? D'ailleurs quel pouvait être l'agent français envoyé comme second témoin à Londres?

De toutes les exigences anglaises, le serment était donc le plus difficile à satisfaire. C'est ce que démontre la correspondance échangée dans les premiers mois de cette année : — « telle est l'origine des difficultés, — dit sir Thomas Henry dans son rapport à lord Clarendon [1]. — Sur tous les autres points l'accord est possible. »

Grâce à une dépêche de l'ambassadeur d'Angleterre, qui fait partie de la publication officielle, nous apprenons comment est née la première pensée d'une modification à la loi anglaise: lord Cowley, exposant à lord Clarendon les résultats de la conférence tenue à Paris le 2 avril au ministère de la justice, rapporte que le garde des sceaux « propose de modifier la loi anglaise en déclarant authentiques les copies des dépositions lorsqu'elles seraient garanties par le sceau du ministère de la justice. » Telle est la solution qui devait aboutir : le premier magistrat de Londres la fit prévaloir à son retour; lord Clarendon accepta la rédaction proposée par sir Thomas Henry, et le bill allait être présenté quand au ministère Russell succéda le cabinet de lord Derby.

Dans la séance du 19 juillet, le nouveau chancelier développait les motifs du bill devant la chambre des lords. Loin de déroger aux principes généraux, disait-il, la modification proposée est conforme au droit commun. Devant les Cours civiles, cette légalisation suffirait : pourquoi les Cours criminelles seraient-elles plus exigeantes? La signature du ministre de la justice vaut mieux et doit peser autant que le serment d'un agent subalterne. Exprimant dans les termes les plus vifs l'espoir d'un accord prochain, il reconnaissait loyalement les torts des anciens magistrats de Londres et faisait ressortir, dans un langage empreint du plus vif sentiment d'émulation, que l'Angleterre n'avait que trois traités d'extradition tandis que la France en avait cinquante-trois.

L'effet d'une telle déclaration ne se fit pas attendre. Le lendemain tous les journaux de Londres, obéissant au même

[1] Sir Thomas Henry à lord Clarendon, 20 avril 1866. *Correspondence*, n° 17.

Digitized by Google

élan patriotique, déploraient qu'une nation placée à la tête du commerce du monde fût devancée par les pays du continent dans un progrès qui touche si essentiellement à la sécurité et à la moralité des relations internationales. Les trois lectures se succédèrent rapidement à la chambre des lords, et le bill passa sans incident digne de remarque.

Ainsi, des deux côtés de la Manche, on voyait dans l'esprit et le langage des gouvernants un égal désir d'arriver à une transaction satisfaisante. Le voyage à Paris d'un magistrat anglais avait fourni une occasion naturelle de constater les dispositions conciliantes du gouvernement français : à peine avait-elle été indiquée par la France que la concession était accordée par l'Angleterre, et la chambre des lords, où les anciens usages avaient toujours trouvé leurs plus ardents défenseurs, avait accepté le bill sans difficultés.

A la chambre des communes il n'en fut pas de même. On perdit de vue la véritable question, et les orateurs firent porter l'effort de leur opposition sur la nécessité de conserver intact le droit d'asile en matière politique. L'inoffensif amendement de procédure que présentait le ministère ne fut point discuté : on négligea le présent pour s'occuper exclusivement de l'avenir : critiquée dans son principe même, l'extradition fut considérée comme une arme politique qu'on devait se garder de mettre aux mains du gouvernement français.

En vain l'attorney général, en vain le ministre des affaires étrangères lord Stanley firent-ils remarquer qu'en matière d'extradition les crimes politiques étaient toujours exclus, l'insistance de quelques conservateurs unis aux radicaux fit craindre le rejet même du bill. Le ministère n'avait que deux partis à prendre : lutter en risquant de faire échouer une mesure partielle mais excellente ou accorder au sentiment de la chambre la promesse d'une étude sérieuse des traités d'extradition dans leurs principes et dans leurs conséquences [1].

[1] Tel fut le sens précis des observations de lord Derby lorsqu'il présenta, le 8 août, à la chambre des Lords, la modification introduite dans le projet l'avant-veille par la chambre des Communes. « Lord Derby, dit le compte rendu de la séance, propose l'adoption de l'amendement voté par les communes; il regrette que le bill soit limité à une année. Il serait cependant très-dangereux d'élever sur ce point un conflit avec les communes, car alors le bill serait probablement rejeté tout entier. D'ailleurs, dans le cours

Digitized by Google

Lord Stanley prit hardiment ce dernier parti, en acceptant l'amendement qui limitait au 1er septembre 1867 la mise en vigueur du bill. Le projet fut définitivement voté le 6 août par la chambre.

Ainsi le débat s'ouvrira nécessairement dans le courant de la prochaine session parlementaire.

La question de l'extradition donnera lieu alors à une discussion approfondie. Tout sera remis en question. D'ici là plusieurs accusés réfugiés en Angleterre auront sans doute été livrés à la France : l'opposition qui a montré dans la séance du 6 août combien elle comprenait peu la portée pratique de l'extradition, s'apaisera en voyant cette procédure internationale complétement dégagée des passions politiques : nous espérons que la France conclura un nouveau traité ou du moins une convention additionnelle augmentant le nombre des crimes prévus en 1843, et la session de 1867 nous apprendra si les vieux préjugés britanniques exercent plus d'influence sur le parlement que la parole honnête de lord Stanley et les efforts combinés des hommes considérables qui en France et en Angleterre s'efforcent sincèrement d'amener une transaction honorable.

GEORGES PICOT.

de l'année, le gouvernement se mettra en mesure d'entrer en pourparlers avec la France, soit pour proroger l'expiration du traité de 1843, soit pour faire une nouvelle convention. » (*Times*, 9 août 1866.)

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

LE CODE CIVIL ITALIEN ET LE CODE NAPOLÉON,

ÉTUDE DE LÉGISLATION COMPARÉE,

Par M. Théophile Huc,
professeur de Code Napoléon à la Faculté de Toulouse[1].

Compte rendu par M. G. Boissonade,
professeur agrégé à la Faculté de droit de Grenoble.

Au moment où l'Italie vient de sortir de la dernière phase de la lutte qui assure son indépendance et constitue son unité, les jurisconsultes, en France, ne peuvent manquer de trouver un plus grand intérêt à l'examen de ses nouvelles lois civiles.

La première édition d'une intéressante *Étude* sur le nouveau Code italien que vient de publier un jeune et savant professeur de la Faculté de Toulouse, M. Huc, est déjà presque épuisée. Quoique tardive, notre analyse aura peut-être pour les lecteurs de la *Revue* l'avantage de leur faire attendre plus patiemment la seconde édition que le livre ne peut manquer d'avoir; peut-être aussi l'auteur jugera-t-il à propos de tenir compte de quelques-unes de nos observations. Ainsi, tout d'abord, nous voudrions que M. Huc joignît à son Étude une traduction française du nouveau Code : en France, nous sommes encore bien peu zélés pour étudier les langues de nos voisins, et leur empressement à parler la nôtre favorise encore notre

[1] Un volume in-8°; Paris, A. Durand, éditeur. — Cet article était à la veille de paraître, lorsqu'a été donnée dans la *Revue historique* (numéro d'août 1866) une excellente appréciation du nouveau Code italien, par M. P. Gide, agrégé de la Faculté de droit de Paris. Notre savant collègue remonte plus haut que M. Huc dans l'histoire de la législation italienne, et il présente sous un aspect plus général l'esprit des innovations qui les occupent tous deux; M. Huc s'est attaché davantage aux parties spéciales, et c'est sur ce terrain que nous l'avons suivi. Mais nous sommes heureux de rencontrer chez nos deux honorés collègues la même sympathie pour le nouveau droit privé de la Péninsule.

Digitized by Google

paresse; or, M. Huc sait parfaitement la langue italienne, et sa traduction aurait ici toute la valeur du texte officiel; en outre, une conférence perpétuelle des articles du nouveau Code avec l'ancien Code sarde, son aîné, et avec notre Code Napoléon qui leur a servi à tous deux de modèle, permettrait d'examiner et d'apprécier une foule de points secondaires qu'a dû négliger M. Huc[1]; on verrait mieux, enfin, comment les Italiens, très au courant de notre jurisprudence, ont tiré parti de nos controverses et résolu les questions que nous discutons encore depuis soixante ans.

Le Code sarde, promulgué en 1837, eut à son apparition, comme le nouveau Code italien, la bonne fortune d'être apprécié par un illustre magistrat français : lu d'abord à l'Académie des sciences morales et politiques, le beau travail du comte Portalis, bien qu'inachevé, est devenu l'éloquente introduction de l'édition française du Code de Charles-Albert. Le livre de M. Huc, lui aussi, est plein d'instruction et d'intérêt : il y règne constamment un esprit à la fois sage et libéral; l'auteur est animé d'une sympathie communicative pour la nation italienne, et ce qu'il blâme ou loue, dans la nouvelle législation, nous inspire le plus souvent les mêmes sentiments.

Ainsi nous sommes pleinement de l'avis de M. Huc sur plusieurs questions que soulève la législation du mariage, et que le Code italien a résolues, tantôt comme nous, tantôt autrement.

La complète sécularisation du mariage a fait abandonner, par le législateur italien, toute prohibition de se marier pour le prêtre catholique qui renonce au saint ministère. Dans cette question qu'on discute encore chez nous, chacun se détermine, le plus souvent, par ses sentiments religieux plutôt que par des considérations juridiques. M. Huc démontre très-bien, et en s'appuyant de l'autorité de MM. Demolombe et Serrigny, qu'une pareille prohibition soulèverait à chaque instant des questions canoniques, sur la validité et la liberté de l'engagement même du prêtre dans les ordres sacrés, ce qui nécessite-

[1] Le nouveau Code italien a sur le Code sarde et sur le nôtre l'avantage de la concision. Ainsi, tandis que le Code sarde n'avait pas moins de 2,415 articles, que le Code Napoléon en a 2,281, le Code italien n'en a que 2,147, et il traite pourtant de matières que nous n'y avons pas insérées : par exemple, de l'emphytéose et de la transcription.

Digitized by Google

rait, logiquement, le rétablissement inadmissible des juridictions ecclésiastiques dans des questions civiles.

Mais cette sécularisation du mariage n'était pas une raison pour supprimer la pénalité que nous avons édictée, en France, contre le ministre du culte qui procéderait au mariage religieux avant la célébration du mariage civil. Il y a là un danger social que notre collègue signale avec une grande justesse d'esprit : « Le maintien de ces pénalités nous paraît indispensable « pour la sauvegarde des bonnes mœurs et de la décence pu- « blique; sans elle on verrait trop souvent des hommes, sans « scrupules et sans croyances, chercher à endormir, au moyen « d'une bénédiction religieuse, des consciences troublées par « le remords : à côté du mariage on verrait se glisser un « concubinage hypocrite qui serait une insulte à la religion, « plus encore qu'à la société. »

A cette occasion, M. Huc rencontre, relativement au refus de célébration religieuse par l'un des époux, une difficulté déjà ancienne, mais qui, dans ces derniers temps, vient de prendre un nouvel intérêt. Il repousse, par d'excellentes raisons, l'idée récemment proposée [1] d'une déclaration à faire par les époux, devant l'officier de l'état civil, qu'ils entendent célébrer leur mariage religieusement, ou non; il démontre qu'indépendamment du danger qu'il y aurait pour les conjoints et pour la société à admettre ainsi des mariages *conditionnels*, on serait forcément amené, et contrairement, sans doute, aux vœux de l'auteur même de la proposition, à rendre aux registres des paroisses la constatation des mariages, à apprécier la validité des mariages d'après la validité de la célébration religieuse, c'est-à-dire d'après les règles canoniques; ce serait encore une nécessité de reconnaître des tribunaux ecclésiastiques dans l'ordre civil [2]. Cette résistance de M. Huc à un retour vers le passé a d'autant plus de poids et d'autorité à nos yeux qu'il nous semble d'ailleurs animé des sentiments reli-

[1] V. *Révision du Code Napoléon*, par M. Batbie, professeur à la Faculté de droit de Paris, mémoire lu à l'Académie des sciences morales et inséré dans le *Correspondant* de janvier 1866, et dans la *Revue critique de jurisprudence*, tome XXVIII, p. 125 et suiv.

[2] V., dans le même sens, la réfutation aussi brillante que solide proposée par M. Duverger, professeur à la Faculté de Paris (*Revue critique*, t. XXVIII, p. 315 et suiv.)

Digitized by Google

gieux les plus fermes et les plus convaincus : il nous prouve ainsi que ces sentiments n'empêchent pas un esprit juste d'être aussi de son temps et de son pays.

Le rejet du divorce par le Code italien nous paraît, comme à M. Huc, une sage résolution. Nous ne sommes pourtant pas insensibles aux séduisantes raisons données, en sens contraire, par MM. Gabba et Buniva; mais nous croyons fermement que le divorce ne doit pas être regardé comme la conséquence forcée de la sécularisation du mariage, que son indissolubilité n'est pas liée à son caractère religieux : Auguste Comte lui-même, le fondateur de la philosophie positive, considérait le divorce « comme un premier pas vers l'abolition du mariage; » aussi, selon nous, M. Huc a trouvé une heureuse expression quand il a dit : « Ce n'est pas parce que l'Église l'a déclaré « que le mariage est indissoluble, mais c'est parce qu'il est « indissoluble, de sa nature, que l'Église a déclaré qu'il doit « l'être. »

Il est maintenant plusieurs points sur lesquels nous serions un peu moins de l'avis de notre honoré collègue. Ainsi nous ne désapprouvons pas, comme lui, la disposition de l'article 57 qui permet à la veuve de se remarier avant dix mois, quand son accouchement a détruit toute crainte de *turbatio sanguinis;* le silence de notre article 228, à ce sujet, nous paraît une omission fâcheuse, et nous sommes peu sensible à la raison de convenance qui seule pourrait s'élever contre ce convol précipité, parce que la loi ne règle pas les devoirs de cette nature, et qu'en tout cas les convenances, à cet égard, sont les mêmes, ou à peu près, pour l'homme veuf que pour la veuve.

De même, nous ne voyons pas un danger si grand que celui qu'entrevoit notre collègue dans les séparations de corps conventionnelles *homologuées par le tribunal*, telles que les admet le Code italien; sans doute, la crainte des débats publics peut arrêter bien des séparations de corps; mais il est bien sûr aussi qu'il y en a un nombre immense qu'elle n'arrête pas, et celles-là sont presque toujours sans remède, parce que les caractères sont aigris ou irrités par les plaidoiries, et qu'une fausse honte devant l'opinion publique, initiée désormais aux misères domestiques, empêche le plus souvent la réconcilia-

Digitized by Google

tion. Cette raison touche peu M. Huc qui voit, d'ailleurs, dans les séparations à huis clos une tendance aristocratique tout à fait antipathique aux mœurs modernes et un danger pour l'institution même du mariage. Mais ne faut-il compter pour rien l'intervention du tribunal, qui, si les motifs ne lui paraissent pas d'une gravité considérable, devra refuser l'homologation? Dans tous les cas, les scrupules de M. Huc partent d'une source trop élevée pour n'être pas très-dignes d'égards.

Nous ne sommes pas, non plus, partisan de la suppression du conseil judiciaire des prodigues auxquels l'auteur de la *Révision du Code Napoléon* voudrait rendre une pleine capacité toujours, et M. Huc seulement lorsqu'ils ont des héritiers à réserve. M. Batbie se préoccupe de l'intérêt des tiers qui peuvent ignorer l'incapacité de celui avec lequel ils traitent; son innovation est radicale, comme la plupart de celles qu'il propose. Quant à la distinction de M. Huc, elle est d'une application difficile, sinon impossible : l'homme, pendant sa vie, est appelé à voir des changements fréquents, au sujet de ses héritiers à réserve : les ascendants disparaissent successivement, les descendants surviennent, soit avant, soit après; quelquefois ils sont enlevés à leur tour; de sorte qu'avec le système de M. Huc un prodigue pourrait se voir, alternativement : incapable, parce que, sans être déjà époux, ni père, il a encore des ascendants, puis capable, parce qu'il viendrait à perdre ses ascendants, puis de nouveau incapable, parce qu'il deviendrait père (d'enfants qu'il aurait eu la faculté de ruiner d'avance), enfin il pourrait redevenir capable, et pourtant sans résipiscence, mais uniquement parce qu'il aurait perdu ses enfants! M. Huc n'a pas songé à cette bizarre succession de changements d'état. Quand la loi modifie la capacité de donner, ou plutôt la disponibilité des biens, à raison de l'existence d'héritiers à réserve, elle a soin de se placer au décès du disposant, c'est-à-dire à un moment où aucun changement de famille ne peut plus l'atteindre. Sans nous rapprocher de ceux qui veulent « faire de l'État le tuteur ou curateur universel des « citoyens, l'administrateur unique de toutes les fortunes, » nous persistons à croire que le législateur peut et doit empêcher les prodigues de se ruiner eux-mêmes, ne fût-ce que (si l'on veut une raison utilitaire) pour que ces citoyens ne soient pas, quand viendra l'âge des infirmités, une nouvelle charge pour

Digitized by Google

l'État. Le Code italien a donc maintenu le conseil judiciaire des prodigues.

Passons à un autre ordre d'idées et quittons le droit des personnes. Suivant le Code italien les baux consentis par l'usufruitier ne sont opposables au nu-propriétaire que pour une durée de cinq années après la fin de l'usufruit (art. 493); le Code Napoléon les admet pour neuf ans (art. 595). Lorsqu'il ne s'agit que de plus ou de moins, les principes ne sont pas en jeu, et le législateur doit conserver une grande liberté; mais M. Huc aurait voulu que les baux de l'usufruitier ne fussent aucunement opposables au nu-propriétaire : il est amené à cette solution par le respect du droit de propriété qui, selon lui, est méconnu dans les deux législations; il préfère, à cet égard, la loi romaine qui était formelle dans le sens de la cessation immédiate des baux, à la fin de l'usufruit.

Mais d'abord, pour ce qui concerne le droit romain, l'argument perd toute sa force, quand on songe qu'à Rome l'acheteur d'un fonds n'était pas même tenu de respecter les baux du propriétaire (*emptorem necesse non est stare colono*); dès lors il n'est pas surprenant qu'on n'ait pas imposé au nu-propriétaire le respect des baux de l'usufruitier; la disposition des deux Codes qui nous occupent était commandée, comme celle de notre article 1743, par l'intérêt public qui veut que les fonds trouvent aisément des preneurs, à ferme ou à loyer; M. Huc craint la collusion entre l'usufruitier et le preneur, mais les tribunaux sauront bien la découvrir et la réprimer; quant à cette gêne momentanée où se trouvera le propriétaire, de ne pouvoir rentrer immédiatement en jouissance, elle nous touche peu, parce qu'il n'a jamais pu compter sur la cessation, à jour fixe, d'un usufruit ordinairement mesuré sur la vie de l'homme; mais pour le cas, assez rare, d'un usufruit à terme, nous ne voyons aucun inconvénient à la solution de notre collègue.

Le Code italien a tranché (art. 502) une question qui nous divise encore beaucoup, celle de savoir si les grosses réparations de la chose soumise à un droit d'usufruit sont à la charge du nu-propriétaire : il déclare que l'usufruitier qui a fait spontanément ces réparations peut se faire rembourser ses dépenses à la fin de l'usufruit, sans intérêts, et dans la mesure seulement de l'utilité qui en subsistera pour le propriétaire.

Digitized by Google

Cette solution nous paraît, plus qu'à M. Huc, heureuse et équitable : elle paralyse la mauvaise foi ou, tout au moins, déjoue le calcul peu loyal du nu-propriétaire qui voudrait laisser tomber la chose en ruines, pour profiter d'une extinction anticipée du droit d'usufruit.

Au sujet de notre article 900 reproduit par le Code italien pour les testaments (art. 849) et abandonné pour les donations (art. 1065), M. Huc cherche à établir une distinction entre les conditions contraires aux *mœurs publiques* et celles contraires aux *bonnes mœurs;* il est vrai que cet article 900 parle des *mœurs*, tandis que nos articles 6, 1133, 1172, 1387, emploient l'expression *bonnes mœurs;* mais la distinction proposée nous semble bien difficile à admettre. Il est possible qu'à l'origine cette prohibition ait été écrite principalement en vue des mœurs publiques et politiques; mais la loi même du 12 septembre 1791 qu'invoque M. Huc employait l'expression *bonnes mœurs* qui est générale et ne concerne pas seulement les *mœurs publiques actuelles*, mais les *mœurs honnêtes* de tous les temps : la question n'est pas sans intérêt, puisque, avec son sens restrictif, M. Huc arrive à annuler une donation faite sous une condition contraire à la *morale générale;* tandis que, suivant l'opinion commune que nous croyons encore la plus fondée, la condition illicite est réputée non écrite et la donation valable.

M. Huc a sur l'irrévocabilité des donations une théorie que nous serions fort disposé à contester; suivant lui, cette irrévocabilité n'a rien de spécial aux donations qui ne seraient, ni plus ni moins irrévocables que les ventes; l'article 944 ne serait que l'application de l'article 1174 qui défend de s'obliger sous des conditions potestatives; mais, comme le Code italien a suivi le Code Napoléon sur ce point, et que M. Huc l'en approuve comme nous, bien que par des motifs différents, nous ne tenons pas à accentuer davantage notre dissentiment.

La vente de la chose d'autrui est défendue par le Code italien (art. 1459), comme par le Code Napoléon (art. 1599); de plus, le nouveau Code tranche une question encore pendante chez nous, en disant que « dans aucun cas, cette nullité ne pourra être opposée par le vendeur lui-même. »

Nous avons toujours cru qu'il s'agit là d'une nullité radicale fondée sur le *défaut de cause;* même, à l'occasion, nous

Digitized by Google

avons soutenu qu'il pourrait bien y avoir encore une autre raison de nullité radicale dans *l'objet*, comme n'étant pas *dans le commerce du vendeur;* car, selon nous, un objet peut être hors du commerce, soit pour tous, soit pour quelques-uns seulement. Malgré cela, et contre l'opinion du plus grand nombre qui tient pour le défaut *de cause*, notre collègue prétend « qu'on ne peut soutenir sérieusement que la vente de la « chose d'autrui est frappée d'une nullité radicale, que l'exis- « tence de l'obligation de garantie le prouve surabondam- « ment,..... qu'il serait absurde qu'un contrat inexistant « produisît des effets dérivant de sa nature; » selon M. Huc, « l'obligation de garantie suppose que le contrat vaut, au moins « tant qu'il n'est pas annulé [1]. » Cette objection, en vérité, nous paraît peu gênante : quand la vente de la chose d'autrui était permise, comme une source de *l'obligation de faire*, c'était elle-même, en effet, qui obligeait le vendeur à la garantie; mais depuis qu'elle est défendue, dans le droit moderne, comme n'atteignant pas son but qui doit être de transférer la propriété, elle n'est plus un contrat, ni nommé ni innomé, mais un délit civil, un stellionat, ou un quasi-délit duquel résulte tout naturellement l'obligation de garantie, c'est-à-dire l'obligation de réparer le dommage causé injustement (art. 1382). Dans le système de M. Huc, il ne devrait jamais y avoir de garantie, car elle ne serait due qu'au cas où l'acheteur ferait annuler la vente, et il dit lui-même que l'obligation de garantie suppose que le contrat vaut, « au moins, tant qu'il n'est pas annulé. » Le droit romain et notre ancien droit étaient plus logiques : s'ils rattachaient la garantie à la vente de la chose d'autrui, au moins, *ils n'annulaient pas cette vente.*

En ce qui concerne l'interruption civile de la prescription, M. Huc, à l'occasion de la prescription extinctive du droit d'hypothèque, quand l'immeuble est possédé par un tiers détenteur, ne voudrait pas d'interpellation personnelle et directe à celui qui prescrit; il se contenterait « d'un acte interruptif « qui montrerait clairement la volonté de ne pas abandonner

[1] M. Huc emploie même, au sujet de la vente, des expressions que nous croyons devoir être réservées au louage : obligation de *faire valoir*, de *délivrance continue.*

Digitized by Google

« le droit dont on est investi. » Nous croyons, au contraire, que le Code italien a bien fait de suivre sur ce point notre Code Napoléon : si la prescription est légitime c'est parce qu'elle corrobore la croyance ou, tout au moins, la confiance où est, soit le possesseur, soit le débiteur, qu'il n'a rien à craindre des droits d'autrui; or, cette confiance que donne le temps ne peut cesser d'être digne d'intérêt que si elle prétend résister à l'interpellation personnelle, à la connaissance certaine et directe des droits du propriétaire ou du créancier; c'est qu'alors elle n'est plus la *probabilis error* que la loi a voulu protéger [1].

Jusqu'ici nous avons approuvé le Code italien, soit avec notre collègue, soit même contre lui; signalons maintenant plusieurs points sur lesquels nous ne sommes pas partisan de ses innovations et où nous sommes aussi en dissentiment avec M. Huc qui les approuve plus ou moins.

Le Code italien permet la légitimation par rescrit du prince (art. 198); il nous est bien difficile de voir là, avec M. Huc, « un éclatant hommage rendu à la famille légitime et une heu-« reuse influence sur la moralité publique : » il y aura toujours à craindre, selon nous, que le mariage subséquent, qui doit être le mode le plus encouragé de légitimation, ne soit négligé par suite de la désaffection, de la vanité, ou des préjugés de classes, et qu'une fois qu'il sera devenu impossible par le décès de l'un des parents de l'enfant naturel, l'autre ne demande au prince le bienfait de la légitimation qu'il aurait pu trouver dans le mariage. Si d'ailleurs cette légitimation royale est une bonne institution, pourquoi est-elle donc limitée au cas où le postulant n'a pas d'enfants légitimes? Elle devrait être possible dans les mêmes cas que celle qui a lieu par mariage subséquent. Disons-le franchement, le législateur n'a fait là qu'une concession complaisante aux idées aristocratiques; le rescrit du prince est un grand bienfait pour l'enfant, c'est vrai, mais il ne sera jamais une réparation pour une mère qui n'est plus, ni pour la moralité offensée.

[1] L'objection tirée de l'interruption *naturelle* n'est pas très-solide : cette interruption, il est vrai, n'est pas nominative, mais elle n'en est pas moins très-notoire et directe, puisqu'elle opère *in rem*.

Digitized by Google

La loi italienne (art. 725) a deux cas d'indignité de succéder que n'a pas admis notre Code; mais elle semble avoir méconnu ce principe d'équité que les peines doivent être proportionnées à la faute. Certes celui qui a contraint le défunt à faire ou à changer un testament, celui qui l'a empêché de tester ou de révoquer un testament, ayant voulu usurper un droit héréditaire ou améliorer le droit qu'ils avaient déjà, doivent être punis justement par une privation de ces mêmes biens qu'ils ont odieusement convoités; mais fallait-il leur infliger, à cet égard, la même peine pécuniaire qu'à celui qui a donné la mort au défunt? C'est pourtant ce que fait la loi italienne.

Nous approuvons moins que M. Huc la suppression dans le Code italien de la *fente* entre la ligne paternelle et la ligne maternelle, tant entre les ascendants qu'entre les collatéraux (autres que frères et sœurs, entre lesquels elle est maintenue). Nous ne méconnaissons pas que si le droit de succession légitime devait être fondé par la loi sur l'affection probable du défunt pour ses divers parents, la division entre les lignes serait illogique : l'affection, en effet, se partage bien entre les enfants et les frères ou sœurs, mais elle ne se divise pas également entre les lignes; au contraire, elle se concentre, en général, sur le degré le plus proche. Mais est-ce bien là le seul fondement du droit de succession? Le législateur moderne n'a-t-il pas voulu apporter un correctif à l'abolition de l'ancienne règle *paterna paternis*, *materna maternis*, quand il a réparti les biens du défunt par portions égales entre les deux lignes? C'est justement, selon nous, parce qu'il ne voulait pas qu'on recherchât désormais l'origine des biens pour en régler la succession, qu'il a pu supposer que ces biens étaient venus au défunt des deux lignes également.

Le système qui n'admet que l'affection présumée, comme principe de la dévolution des biens *ab intestat*, amènerait une autre conséquence tout aussi nécessaire, et devant laquelle reculerait certainement notre collègue, ce serait la limitation du droit héréditaire, non pas au douzième degré, comme dans notre Code, ni au dixième, comme dans le Code italien, mais au sixième, comme on l'a proposé chez nous, en 1848; car nous ne croyons pas qu'il y ait beaucoup d'affection entre cousins au delà du sixième degré; d'ailleurs, dans ce système, un testament serait toujours, pour chacun, un moyen bien facile de

Digitized by Google

démentir cette présomption d'indifférence. Pour nous, au contraire, le droit de succession poussé jusqu'au douzième degré, entre parents qui ne se sont souvent pas connus, est un éclatant hommage rendu au lien de famille.

Nos tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire qui rappelle, de loin, le plus beau privilége des souverains ; c'est celui d'accorder au débiteur malheureux et de bonne foi des *délais de grâce*, modérés, pour se libérer à l'aide de payements partiels, quand le créancier d'ailleurs n'en doit pas sérieusement souffrir (art. 1244). Ce droit qui était resté dans le Code sarde (art. 1334) est désormais aboli en Italie. Nous le déplorons profondément, quoique M. Huc l'approuve : il y a, en effet, des cas où cette innovation sera fort regrettable : par exemple, au cas où un propriétaire revendiquant son immeuble contre un usufruitier ou un possesseur de bonne foi, sera tenu, conformément aux articles 502 et 705 du nouveau Code, de lui rembourser, sans délai, une plus-value souvent considérable résultant de dépenses utiles. Cette rigueur ne nous paraîtrait guère plus justifiable dans les obligations avec terme fixe.

La loi italienne qui vient d'abolir une règle d'équité a méconnu ailleurs un principe de raison auquel le législateur lui-même est soumis : elle prononce la nullité complète d'une foule d'actes qui n'auront pas été constatés par écrit, conformément à son vœu (art. 1314). Ici nous avons la satisfaction d'être d'accord avec M. Huc pour blâmer cette innovation malheureuse qui n'admet pas même, à défaut d'écrit, les preuves les plus puissantes, l'aveu et le serment.

C'est bien encore une très-contestable amélioration que l'abolition par la loi italienne de la nécessité du double original, pour constater les contrats synallagmatiques. De cette façon, l'une des parties pourra être à la discrétion de l'autre dans un contrat où les droits et garanties doivent être parfaitement égaux. Notre collègue « approuve beaucoup cette simplification. » On pourrait aller bien loin, sous prétexte de faciliter cette *simplicitas amica legibus* que recherchait Justinien!

M. Huc approuve également la nécessité de l'inscription imposée aux hypothèques légales des femmes mariées, des mineurs et des interdits ; l'amende de 1,000 francs qui frappe les maris et tuteurs, pour n'avoir pas pris l'inscription sur leurs biens, peut être très-utile au fisc, mais nous ne voyons pas

Digitized by Google

comment, en aggravant l'insolvabilité du débiteur, elle peut indemniser les femmes et mineurs du préjudice de ne pas être colloqués en ordre utile. La disposition de l'article 8 de notre loi du 23 mars 1855 nous paraît bien préférable, comme transaction entre la protection due aux incapables et la sécurité réclamée par le crédit public.

Heureusement nous n'avons plus de dissentiments, ni avec le Code italien, ni avec celui qui nous en signale les innovations. Il nous reste, au contraire, pour finir, à proclamer de nouveaux sujets de sympathie pour tous deux.

Nous sommes pleinement d'accord avec M. Huc pour approuver en Italie la suppression de notre article 563 et de l'ancien article 475 du Code sarde, qui attribuent le lit abandonné par un cours d'eau, aux propriétaires des fonds nouvellement occupés. Cette indemnité est une cause de contestations sans fin, car elle transporte la propriété d'un *ruban de terrain* à travers un fonds appartenant à un autre propriétaire, et cela, le plus souvent, dans le cas où cette indemnité est le moins motivée, celui de l'irruption d'un petit cours d'eau dans une propriété, ce qui est, il nous semble, plutôt un bénéfice qu'un dommage.

L'abolition du retrait successoral nous paraît une bonne mesure fondée sur la liberté des conventions; car une succession ouverte est dans le commerce.

Nous approuvons entièrement que l'obligation du rapport à succession ait été limitée entre les seuls descendants du défunt (art. 1001) et qu'elle ait même été supprimée entre eux pour les libéralités testamentaires (art. 1008); le besoin d'égalité ne se justifie bien qu'entre les descendants, et l'idée d'*avancement* d'hoirie ne se conçoit plus quand le disposant donne par legs, c'est-à-dire pour l'époque même où s'ouvrira sa succession.

L'abolition des donations entre-vifs par les époux, l'un à l'autre, est également très-justifiable, car il eût fallu, dans tous les cas, en admettre, comme chez nous, la parfaite révocabilité; dès lors autant eût valu ne permettre que le testament entre conjoints. De cette façon, la propriété ne sera pas incertaine dans les mains d'un donataire exposé incessamment à la révocation. Au surplus, si quelques époux peuvent se plaindre

Digitized by Google

de cette entrave mise à leurs sentiments généreux, la loi a été prévoyante pour les autres, car elle a admis un droit de succession *ab intestat*, en pleine propriété ou en usufruit, suivant la qualité des parents (art. 753 et suiv.) et, dans tous les cas, une réserve en usufruit (art. 818) [1]. On peut, d'un autre côté, reprocher à la loi italienne d'avoir été inconséquente en permettant la vente entre époux que nous défendons, au contraire (art. 1595); comme ce contrat peut, plus que tout autre, déguiser une libéralité, il valait mieux le prohiber.

Il n'y a pas en Italie de régime nuptial de droit commun ou légal. La communauté et le régime dotal y sont réglés, mais il faut les adopter expressément pour s'y trouver soumis : la loi ne présume l'adoption ni de l'un ni de l'autre. Cependant, à défaut de contrat de mariage, il faut bien que les époux aient dans tous les cas un régime nuptial, c'est-à-dire un mode certain d'administration et de contribution aux charges du mariage; on y arrivera par l'application des principes : tous les biens de la femme qui ne sont pas apportés en dot ou en communauté, sont paraphernaux et administrés par elle; quant à la contribution aux charges, elle sera en proportion des fortunes respectives (art. 138 et 1426); c'est, comme on le voit, une combinaison de nos deux séparations de biens, contractuelle et judiciaire. Ce système, en somme, est bien préférable au nôtre qui suppose aux époux mariés sans contrat l'intention d'adopter la communauté dont ils sont le plus souvent bien loin de connaître les règles et les conséquences.

L'Italie a fait depuis plusieurs années l'expérience de la liberté illimitée des intérêts dans le prêt d'argent. Depuis 1857, les États sardes en jouissaient, et M. Huc nous affirme que cette liberté n'a jusqu'ici causé aucune perturbation dans le pays : l'article 1831 a consacré itérativement le principe que l'intérêt conventionnel est libre. L'exemple de l'Angleterre et de la Hollande, qui depuis longtemps ne connaissent plus de limitation légale de l'intérêt, a pu ne pas nous émouvoir parce que ce sont les pays des hardiesses économiques; mais quand l'Es-

[1] On sait que par une étrange méprise, non relevée au Conseil d'État, Treilhard crut que l'article 753 accordait un usufruit *à l'époux*, alors qu'il l'accorde au *survivant des père et mère* (V. Fenet, t. XII, p. 38); de sorte que le conjoint a été, chez nous, privé de toute réserve et même de tout concours *ab intestat* avec les héritiers légitimes.

Digitized by Google

pagne et l'Autriche, qui ne se piquent pas de donner l'exemple du libéralisme, ont définitivement adopté la liberté du prêt, nous pouvons espérer que nous ne tarderons pas à jouir du même avantage.

Notre collègue n'a pas négligé cette occasion, et d'autres qui se présentaient naturellement sur son chemin, d'aborder les grandes questions économiques dont le jurisconsulte doit aujourd'hui se préoccuper, comme le publiciste. Il y porte toujours un grand sens, se tenant également éloigné et d'une hardiesse téméraire et d'une circonspection rétrograde. Il ne consacre jamais que peu de pages à chacune des questions qui se présentent à lui, mais on y trouve toujours la substance des systèmes qu'il combat et la raison qui décide, qui entraîne la conviction. Ainsi, pour ne citer qu'un exemple : au sujet de la réserve, il examine la grande question, à l'ordre du jour, de la liberté absolue de tester. M. Huc est, avec le Code italien, pour le principe de la réserve de certains héritiers; il démontre aisément qu'elle n'est, ni incompatible avec la nature du droit de propriété, ni destructive de l'autorité paternelle; enfin, sur le reproche d'être contraire à la grande culture et à la richesse agricole du pays, il a une belle et éloquente page qui se termine ainsi : « Sacrifier la réserve à la grande « culture serait subordonner une question de morale sociale à « des théories agricoles ou industrielles fort contestables. « Qu'est-ce, en effet, que cette grande culture dont on parle « tant? C'est d'abord un danger pour l'égalité ; c'est, de plus, « la diminution forcée du nombre des propriétaires, l'asservis- « sement du travail, l'absorption finale de l'individu; telle est « la condition de la Russie..... *Latifundia perdidere Italiam!* « La petite ou moyenne culture, au contraire, c'est la dignité « de l'individu, le champ d'honneur du travail, la condition « des vertus viriles et civiques..... Mais, dira-t-on, les puis- « santes machines, les procédés nouveaux, comment pour- « raient-ils être appliqués avec la petite culture et arriver à « bannir la routine? Patience! l'association communale y « pourvoira..... »

Nous avons bien dépassé les limites que nous voulions nous assigner, et pourtant nous n'avons pas relevé tous les points intéressants du nouveau Code italien et de l'Étude de notre

Digitized by Google

excellent collègue. On voit, au moins, par les côtés que nous avons touchés, comment les Italiens ont su profiter de notre expérience pour faire souvent mieux que nous. Combien plus les peuples ne gagneront-ils pas, quand les nationalités seront enfin assises, à lutter de sagesse et de raison dans la réglementation de leurs intérêts publics et privés!

Déjà, cette année, à l'occasion d'une autre comparaison que nous eûmes à faire entre la législation italienne et la nôtre [1], nous exprimions le vœu qu'il fût créé, près d'un des grands corps de l'État, un comité permanent de législation comparée. Par ses soins, et avec l'aide de nos agents diplomatiques, les lois étrangères seraient colligées, traduites et collationnées; ou bien, si le gouvernement ne voulait pas s'en faire le traducteur officiel et l'éditeur, au moins, il créerait une bibliothèque générale de droit étranger, où les jurisconsultes pourraient aller puiser les éléments de cette législation comparée qui, avec l'étude historique des lois, est destinée à servir puissamment le développement de la société moderne.

Dans moins d'un an, nous aurons à Paris un palais de toutes les merveilles agricoles, industrielles et artistiques du monde entier; à côté d'elles seront, sans doute (à la honte de la civilisation), tous les engins destructeurs de l'humanité. Mais pendant que les agriculteurs pourront étudier tous les systèmes de charrues employés sur la surface du globe, et les généraux, toutes les armes offensives et défensives, pourquoi les jurisconsultes ne trouveraient-ils pas, dans un coin retiré de ce palais des Nations, la collection des Codes de tous les peuples?

Il en est temps encore : tandis que les autres ouvrages des hommes, qui ne révèlent que des conquêtes sur la matière, réunis pour quelque temps, seront dispersés de nouveau, il faut que leurs lois, au contraire, qui sont des conquêtes de la raison sur l'ignorance, du droit sur la force et du bien sur le mal, restent comme un dépôt sacré où nous puissions nous-mêmes puiser, à notre tour, l'amélioration constante de nos propres lois : pourtant déjà elles excitent l'envie des autres nations et leur servent tous les jours de modèle; mais combien elles sont encore perfectibles!

[1] Rapport lu en séance publique de rentrée, sur le concours entre les docteurs de la Faculté de Grenoble, pour 1865, sur cette question : *Étude comparative du régime des eaux en France et dans les provinces annexées.*

Digitized by Google

Une Exposition universelle et perpétuelle des Lois qui régissent le monde moderne, voilà le seul moyen de réaliser cette belle idée de Portalis : « L'utile et le vrai, surtout en matière « de législation, sont au nombre de ces biens que tous les « hommes peuvent et doivent revendiquer et dont l'usage « inépuisable leur appartient en commun [1] ! »

G. BOISSONADE.

DES BIENS COMMUNAUX.

Étude historique et administrative par M. Paul LANGLOIS, sous-préfet à la Châtre (Indre); broch. in-8. Cotillon, libraire-éditeur, rue Soufflot, 24, à Paris.

Compte rendu
par M. Henri PASCAUD, substitut du procureur impérial à Châteauroux.

La question des biens communaux est une de celles dont la solution a constamment préoccupé les pouvoirs publics depuis la Révolution. Elle touche à la fois aux intérêts politiques, agricoles et économiques de notre pays; elle est hérissée de difficultés théoriques et pratiques sans nombre. A ces divers titres donc cette question présente un sujet d'études plein d'intérêt. M. Paul Langlois a entrepris de la traiter, et, hâtons-nous de le dire, il l'a fait avec l'expérience que lui donnent ses fonctions administratives en même temps qu'avec une connaissance approfondie de la jurisprudence. Son étude est un travail complet sur cette matière délicate. Rédigée avec méthode, dans un style excellent, elle pèche peut-être par un excès de concision.

L'auteur a divisé son sujet en dix chapitres. Dans les deux premiers, il définit les biens communaux, les classe, discute leurs origines et retrace l'historique des diverses législations qui les ont régis. M. Langlois s'occupe uniquement des biens communaux désignés dans la loi de 1793. Sans adopter le vieil adage : *nulle terre sans seigneur*, sans admettre que les communautés antérieures à la féodalité ou coexistantes avec elle aient été exclusivement propriétaires des communaux, il s'en

[1] *Observations sur le Code civil de Sardaigne*, par le comte Portalis; Mémoires de l'Académie des sciences morales, nouv. série, tome II, p. 154, et *Code sarde*, édit. Joubert, p. 2.

Digitized by Google

tient à un système mixte qui, dans cette question des origines, nous semble être le seul vrai. Bien souvent les communes furent dépossédées par la puissance féodale, et l'ancienne monarchie fut impuissante à réprimer ces usurpations. Les lois de 1792 et de 1793 les réintégrèrent dans leur propriété et réglèrent les partages de communaux. Un aperçu sobre et rapide des lois qui réglementent ces matières termine ce précis historique, digne, à notre avis, de tous éloges.

M. Paul Langlois entre ensuite dans le cœur de son sujet. Six chapitres de sa brochure sont consacrés à l'examen de toutes les questions relatives à l'administration et à la jouissance des biens communaux, à la répartition des fruits et pâturages, à l'aptitude personnelle des ayants droit, aux affouages, à la compétence administrative et judiciaire, aux concessions de communaux à titre onéreux. Ces matières si importantes et si délicates sont traitées avec une grande netteté de vues, avec une science administrative remarquable.

Ce sont les conseils municipaux qui réglementent le mode d'administration et de jouissance des biens communaux sous le contrôle et la surveillance du préfet (loi du 18 juillet 1837, art. 17). Malheureusement ces conseils désertent trop souvent la mission qui leur est confiée; soit incurie, soit routine, ils manquent d'initiative et préfèrent la jouissance indivise et en nature à des modes de jouir plus rationnels et plus féconds en avantages. Que d'immenses étendues de terre, grâce à leur inertie, restent improductives et stériles! L'auteur, à cette occasion, fait le tableau éloquent des funestes effets de la négligence municipale. Lorsque les conseils municipaux mieux avisés se décident à mettre en valeur les communaux, ils peuvent procéder par voie d'amodiation ou d'allotissement. Selon l'auteur, l'amodiation est de tous les procédés administratifs le meilleur et le plus utile. Tel n'est pas notre avis. Ce mode de jouissance présente quelques avantages, mais il offre de sérieux inconvénients. Si l'amodiation augmente la production générale, n'est-il point à craindre qu'elle ne donne à d'avides preneurs la faculté de surcharger et d'épuiser la propriété communale par des cultures abusives échappant à tout contrôle et effectuées sous le prétexte de développer cette production? Trouvera-t-on d'ailleurs aisément des fermiers, alors que les capitaux et les garanties sont rares en nos campagnes,

Digitized by Google

et que l'obligation de faire jouir le preneur sera trop souvent pour les communes, à raison des usurpations commises, une condition d'une exécution impossible? Ces objections nous semblent graves. Elles s'appliquent en grande partie à l'allotissement ou partage de jouissance temporaire moyennant une redevance annuelle. Selon nous, les communes, pour tirer profit de leurs communaux, ne peuvent adopter de mode plus utile que celui des concessions à titre onéreux.

Les conseils municipaux règlent, soit seuls, soit avec l'approbation du préfet, selon les cas, la répartition des fruits et pâturages communaux. La répartition de ces produits a lieu aujourd'hui par feu et non par tête, ainsi que l'exigeait la loi de 1793. Pour être porté sur la liste des ayants droit que dresse le conseil municipal, il faut avoir un domicile d'un an dans la commune et être chef de famille ou de maison; la qualité de Français n'est pas indispensable. Toutes les questions de propriété, celles relatives à l'aptitude personnelle, à la nationalité, à l'état civil des ayants droit, sont du ressort de l'autorité judiciaire, tandis que les contestations concernant les modes de jouissance et d'administration restent dans le domaine de la compétence administrative. Mêmes principes pour l'affouage. C'est à l'administration qu'il appartient de statuer sur l'existence ou la légitimité des usages dont excipent les ayants droit.

L'auteur s'occupe ensuite des partages de biens communaux. Aux termes de la loi de 1793, ces partages s'effectuaient par tête, moyennant des conditions d'aptitude déterminées. Des lois postérieures en ayant suspendu l'exécution, les partages gratuits ne sont plus permis aujourd'hui. Mais, d'après une jurisprudence constante, on autorise les concessions à titre onéreux faites aux habitants qui ont le droit de jouir des communaux, par feu et non plus par tête, pourvu que ces concessions présentent les caractères d'une vente, alors même que la redevance à payer serait inférieure à la valeur des terrains. Au triple point de vue politique, économique et administratif, ce mode de procéder est, selon nous, le seul fécond et avantageux. En effet, le paysan des campagnes, devenant propriétaire incommutable d'un sol qu'il détenait à titre précaire, se sent plus attaché aux principes d'ordre social et d'intérêt public; il améliore sa terre, et, au grand bénéfice de la société,

Digitized by Google

imprime aux travaux agricoles une impulsion plus vive et plus énergique. Les communes réalisent un capital frappé, pour ainsi dire, de stérilité entre leurs mains et se créent ainsi des ressources propres à assurer la confection de travaux d'utilité communale et de viabilité. Enfin, avantage inappréciable, maint usurpateur, qui redoute les hasards périlleux d'un procès, consent à payer la modique somme qu'on lui demande pour une concession à titre onéreux, et sans contestation la commune venderesse recouvre ainsi sa propriété trop souvent compromise par une prescription devenue imminente.

Qu'on ne dise point que les difficultés qu'engendrent les usurpations sont de peu d'importance. Dans son chapitre 9 M. Paul Langlois nous retrace les embarras que créent à l'administration les usurpateurs favorisés par la connivence ou l'inertie des conseils municipaux. Ces embarras sont grands, parfois presque inextricables. Qu'en conclure? Que les conseils municipaux ont au regard du pays une lourde responsabilité, et que, pour la porter dignement, ils ont besoin de déployer toute leur énergie, toute leur initiative.

M. Langlois termine sa brochure par l'examen de la loi du 28 juillet 1860 sur la mise en valeur des biens communaux. Dans le cas où ces biens ne sont ni amodiés ni allotis, lors même qu'ils seraient jouis par exploitation directe, par compascuité réglementée, le préfet, si la mise en valeur lui paraît utile, invite le conseil municipal à délibérer sur cette mise en valeur et sur les moyens de l'obtenir. Si le conseil s'abstient ou refuse, le préfet peut passer outre et agir après l'accomplissement de certaines formalités. C'est une innovation considérable que ce pouvoir accordé à l'administration. Néanmoins la loi n'a pas produit de résultats importants, parce qu'elle est d'une application trop limitée et ne comprend dans ses prescriptions que les terrains incultes susceptibles d'être l'objet de travaux extraordinaires, tels que desséchements, constructions de routes, assainissements, etc. La conclusion de cette étude, c'est qu'une meilleure administration des biens communaux est désirable en France. On l'obtiendra par l'initiative des conseils municipaux et des populations, par l'application persévérante des modes de mise en valeur les plus féconds et les plus avantageux.

H. PASCAUD.

Digitized by Google

DU MINISTÈRE PUBLIC A L'AUDIENCE CIVILE,

Par M. Éd. Perier, procureur impérial à Villeneuve-d'Agen [1].

Compte rendu par M. Reverchon, avocat à la Cour impériale de Paris, ancien avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

Les lecteurs de la *Revue* connaissent déjà ce travail, qu'elle a publié dans ses XXVIIe et XXVIIIe volumes. L'auteur n'a point entendu, au moins pour le moment, faire un traité complet des diverses fonctions et attributions du ministère public; il a laissé à l'écart tout ce qui concerne l'action si considérable de cette institution dans les matières correctionnelles et criminelles; il s'est borné à résumer et à codifier les dispositions et les principes qui la régissent dans les matières civiles. Ainsi restreinte, cette étude n'en offre pas moins un grand intérêt et une incontestable utilité; car, si le rôle du ministère public à l'audience de la Cour d'assises a quelquefois plus de retentissement, son intervention dans les débats civils ne concourt pas moins efficacement à la bonne administration de la justice et donne souvent une plus sérieuse mesure de la valeur des magistrats auxquels il est confié.

Espérant que M. Perier étendra son cadre et achèvera plus tard son œuvre, je me permets de lui signaler dès à présent un point qui exigera de sa part quelques explications. Au n° 26, il semble enseigner que tous les établissements publics sont tenus, en cette seule qualité, de se faire autoriser par l'administration pour intenter une action en justice ou pour y défendre. Or, il n'en est ainsi qu'autant que la législation spéciale à chacun de ces établissements l'a exigé; à défaut de disposition de ce genre, un établissement public peut plaider sans l'autorisation de l'administration, et c'est ce qui a été jugé, notamment pour les caisses d'épargne, par un arrêt de la Cour de cassation du 3 avril 1854. Il importerait, d'ailleurs, de faire ressortir la différence, parfois assez délicate, qui existe entre les établissements publics et les établissements d'utilité publique, ceux-ci n'étant point en général soumis à la tutelle administrative.

[1] Paris, Cotillon, libraire-éditeur.

Digitized by Google

Je me permets également de lui recommander, au n° 63, relatif aux fabriques d'églises, une remarquable dissertation que M. Aucoc a publiée dans la *Revue* (t. XXII, p. 481) : M. Perier y puisera les éléments, non d'une rectification proprement dite, mais d'un développement qui précisera davantage sa pensée et l'état de la jurisprudence sur ce point.

Peut-être jugera-t-il utile aussi, même en se renfermant dans les matières civiles, de traiter la question controversée de savoir si, d'après l'état actuel de la législation et de la jurisprudence, le ministère public est ou peut être appelé à intervenir dans les affaires commerciales portées devant les tribunaux civils qui remplissent les fonctions de tribunaux de commerce.

Quoi qu'il en soit de ces observations secondaires, le travail de M. Perier, sous la forme modeste qu'il a choisie, se distingue par son exactitude habituelle et la sûreté pratique de l'exposition; il offrira aux collègues de l'auteur un manuel qui, sans les dispenser assurément d'interrogations et de méditations personnelles, leur servira, selon les cas, de guide ou de *memento*.

E. REVERCHON.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière civile.

Par M. A. Bertauld,
avocat à la Cour impériale et professeur à la Faculté de droit de Caen.

DIFFICULTÉS SOULEVÉES PAR LE RÉGIME DOTAL.

Le régime dotal est aujourd'hui l'objet de beaucoup d'objections et de critiques. L'économie politique l'attaque au point de vue du crédit qu'il menace et entrave. La philosophie du droit lui reproche la grave atteinte qu'il porte à la liberté individuelle. Par la loi matrimoniale qu'elle s'impose, la femme se place volontairement dans les liens d'une interdiction pour la totalité ou seulement pour partie de ses biens; elle s'enlève, pour un temps dont elle ignore la durée, la capacité d'engager la fortune qu'elle dotalise; par crainte d'elle-même, elle met en dehors du commerce un patrimoine dont la disposition l'eût peut-être sauvée, et, pour se procurer une protection contre les incertitudes de l'avenir, elle se crée une impuissance qui l'enchaîne au désastre et à la ruine. Ces objections sont-elles décisives? Comportent-elles une réplique? Ce n'est pas là le point que je me propose d'examiner.

Une étude spéculative manquerait-elle d'opportunité? Je ne le dis pas. Je ne crains guère d'être accusé de parti pris contre les idées philosophiques et économiques, et pour répudier leur cause il y aurait maladresse à choisir le moment même où dans la *Revue* des plumes bien inspirées leur consacrent des développements si pleins d'intérêt[1].

La discussion de questions spéciales et techniques n'est peut-être pas d'ailleurs absolument étrangère à la solution du problème dont tant d'esprits élevés se préoccupent.

Parmi les théories qui sont en crédit n'y en a-t-il pas qui

[1] M. Batbie, tome XXVIII, page 125. — M. Duverger, même tome, page 308, et tome XXIX, page 116. — MM. Gide et Boissonade, tome XXIX, page 78 et 172.

Digitized by Google

altèrent et faussent par des aggravations ou des atténuations le régime dotal?

Ce n'est pas un régime dotal dénaturé, soit par les exagérations en sens contraire de ses amis ou de ses ennemis, soit par la mollesse et le scepticisme des neutres, qui est en jugement : le justiciable de l'opinion des publicistes, c'est le régime dotal sainement, modérément, loyalement compris : ajouter à sa sévérité ou en retrancher quoi que ce soit, c'est vicier la question que le législateur, un jour ou l'autre, aura à résoudre.

§ 1er.

On peut n'être pas de ceux qui croient que l'inaliénabilité dotale est un privilége qui ne s'applique qu'aux immeubles et qui doit rester étranger aux meubles : si l'indisponibilité du patrimoine immobilier est valablement stipulée, pourquoi le patrimoine mobilier résisterait-il à l'efficacité de cette stipulation? Sans doute l'indisponibilité de la dot mobilière n'aura pas les caractères de l'indisponibilité de la dot immobilière.

Pour les meubles dotaux corporels, l'article 2279 du Code Napoléon qui proclame qu'*en fait de meubles possession vaut titre*, protégera les tiers de bonne foi.

Quant au mobilier incorporel dotal, le besoin, pour en conserver la valeur, d'en modifier l'emploi, d'en changer les conditions de placement, entraîne pour l'administrateur le pouvoir de l'aliéner. L'aliénation volontaire n'est qu'un acte d'administration. Mais la dot mobilière, disponible pour le mari ou pour la femme séparée de biens, reste indisponible vis-à-vis des créanciers qui ne peuvent entreprendre sur elle aucun acte d'exécution. Déplacer, métamorphoser la dot mobilière, c'est l'administrer; renoncer à l'hypothèque légale qui garantit la restitution de cette dot par le mari, ce ne serait plus faire un de ces actes qu'on peut considérer comme administratifs et conservatoires, ce serait sacrifier la sûreté dotale et par là atteindre dans son essence le principe de l'inaliénabilité.

J'accepte ces données; elles ne sont pas inconciliables avec les textes; elles appartiennent peut-être à une interprétation qui n'est pas absolument littérale, mais qui, bien loin cepen-

Digitized by Google

dant de faire violence à la loi, lui assure quelque unité de vue et d'effet.

Voici où, suivant moi, le principe de l'inaliénabilité de la dot mobilière une fois admis, la logique des interprètes est en défaut.

Si l'administrateur de la dot mobilière en fait un emploi mobilier, s'il la place en rentes, en obligations sur les chemins de fer, en actions, il la fait profiter des chances de hausse de ces valeurs, et la plus-value ne devient pas le gage de ceux des créanciers de la femme qui n'ont pas la dot pour obligée.

L'administrateur de la dot mobilière en fait-il au contraire un emploi immobilier? L'affecte-t-il à l'achat d'un champ ou d'une maison, de savants auteurs disent, avec l'article 1553 du Code Napoléon : L'immeuble acquis des deniers dotaux n'est pas dotal, si la condition de l'emploi n'a été stipulée par le contrat de mariage. Or si l'immeuble qui est l'emploi libre de la dot mobilière n'est pas dotal, il est aliénable et partant saisissable; le saisissant devra seulement prendre l'obligation de faire élever le prix de l'adjudication à un chiffre suffisant pour garantir à la femme le recouvrement du capital de la dot. Telle est la théorie notamment de MM. Aubry et Rau sur Zachariæ, tome IV, page 519, à la note (3e édition). Cette théorie est consacrée dans trois arrêts de la Cour de Caen, des 27 septembre 1860, 18 mars 1861 (Devil. et Car., 61, 2, 286) et 6 juillet 1866; c'est vers elle qu'incline la jurisprudence (Cour de Montpellier, 18 février 1853; Cour de Grenoble, 11 juillet 1857; Cour d'Agen, 18 mai 1858; Devil. et Car., 53, 2, 673; 57, 2, 547; 58, 2, 373). Les arrêts proclament la saisissabilité des immeubles acquis des deniers dotaux, mais sous la condition que le saisissant assurera la restitution de la dot mobilière dont il trouble et dénature l'emploi.

M. Troplong (nos 3188 et 3194 du *Contrat de mariage*) et Marcadé vont beaucoup plus loin; ils admettent le système de la saisissabilité, sans aucune restriction, et indépendamment de toute condition. Mais leur argumentation influencée, sinon dominée, par le système de *l'aliénabilité* de la dot mobilière, confond les actes de disposition qui sont l'œuvre volontaire du mari ou de la femme avec les actes de tiers pour-

Digitized by Google

suivants que le mari et la femme subiraient malgré eux.

Que la femme ait la liberté de vendre l'immeuble acheté de ses deniers dotaux auxquels le contrat de mariage n'imposait aucun mode d'emploi ; que, par son mari avant la séparation de biens, par elle-même depuis cette séparation, elle puisse toucher le prix de la vente, sans remplacement, je le veux bien. L'indépendance de l'administrateur de la dot mobilière peut aboutir à la dissipation et à la ruine de cette dot. Le mari ou la femme peuvent, selon les cas, faire servir la dot mobilière à l'acquit de dettes qui ne la grèvent pas : ce n'est point là le point en débat.

Le point à examiner est le point de savoir si un créancier qui n'a pas d'action sur la dot mobilière a la faculté de s'en faire un gage, de l'exproprier, et de l'affecter ainsi à son payement. Or sur cette question, nous sommes de l'avis de MM. Aubry et Rau contre M. Troplong et contre Marcadé. Nous dirons bientôt pourquoi, dans notre pensée, la solution de MM. Aubry et Rau ne donne pas encore une suffisante satisfaction aux principes du régime dotal.

Il y a une difficulté pourtant, lorsque la femme a hypothéqué l'immeuble acheté des deniers dotaux. Elle aurait pu vendre cet immeuble, sans que l'acquéreur eût eu à s'occuper de l'emploi du prix. — Ce prix, la femme pourrait le verser à un créancier dont la dot ne serait pas l'obligée. Or l'hypothèque est un acte volontaire de la femme : par sa volonté, la femme ne peut-elle point, non pas, il est vrai, faire immédiatement emploi, mais promettre de faire emploi de sa dot mobilière pour l'acquittement d'une dette étrangère à cette dot? Non; l'emploi actuel de la dot mobilière et la promesse d'un emploi futur, contraire à la destination de la dot mobilière, sont choses essentiellement différentes. L'emploi actuel, si abusif qu'il soit, est irrévocable, parce qu'il n'était soumis à aucune condition. La promesse d'emploi ne saurait participer à l'irrévocabilité d'un fait accompli; elle n'est qu'un engagement, et la femme dotale pendant le mariage, c'est du moins le point de départ de notre argumentation, ne peut pas plus contracter d'engagements valables sur la dot mobilière que sur la dot immobilière.

Je préfère à la doctrine de la saisissabilité, sans condition, de l'immeuble acquis des deniers dotaux, la doctrine de la

Digitized by Google

saisissabilité conditionnelle, c'est-à-dire de la saisissabilité avec charge de sauvegarder les deniers employés; je préfère à l'opinion de M. Troplong et de Marcadé l'opinion de MM. Aubry et Rau.

Toutefois l'opinion de MM. Aubry et Rau n'est pas pour moi l'expression de la vérité; elle me paraît apporter aux conséquences de l'indisponibilité de la dot mobilière un tempérament que la logique du droit condamne.

Je formule ainsi le problème à résoudre : les immeubles achetés avec des valeurs mobilières dotales sont-ils saisissables, quand les valeurs qu'ils représentent sont elles-mêmes insaisissables? Oui, dit-on, et l'on formule comme une vérité inébranlable et presque comme un axiome cette proposition : *tout ce qui est aliénable est saisissable.*

Je réponds que cette proposition est inexacte : la dot mobilière est aliénable par le mari avant la séparation, parce que l'aliénation volontaire est quelquefois le moyen de sauver cette dot.

Un créancier du mari pourrait-il, même avant la séparation de biens, saisir les rentes dotales de la femme? Non. Après la séparation de biens, un créancier de la femme pourrait-il, s'il n'avait pas de titre lui donnant action sur la dot, faire saisir la dot mobilière? Non. Cependant la femme séparée de biens peut, comme administratrice, substituer, au moyen d'aliénations volontaires, à un certain emploi de ses deniers dotaux, un autre emploi. Pourquoi le placement immobilier des deniers dotaux ne serait-il pas aussi inviolable que le placement mobilier? Pourquoi la femme dotale serait-elle incessamment exposée à des transformations, à des révolutions dans l'emploi immobilier de ses valeurs dotales, quand leur emploi mobilier présenterait tant de stabilité? Pourquoi la femme dotale serait-elle soumise à des séries d'expropriations sans but, sans résultat, sans autre espérance possible que celle de faire sortir un excédant de valeurs en sus et par delà la dot mobilière?

Pourquoi des créanciers, qui n'ont pas la femme dotale pour obligée, pourraient-ils lui faire subir, *comme femme dotale*, l'épreuve de ces conversions de placement contre lesquelles elle serait abritée, si elle n'avait pas immobilisé sa dot?

Digitized by Google

Pourquoi le placement offrirait-il d'autant moins de solidité qu'il aurait semblé en promettre davantage?

L'article 458 du Code de commerce est ainsi conçu : « La femme reprendra pareillement les immeubles acquis par elle et en son nom, des deniers provenant desdites successions et donations, pourvu que la déclaration d'emploi soit expressément stipulée au *contrat d'acquisition* et que l'origine des deniers soit constatée par inventaire ou par tout autre acte authentique. »

L'application de cet article n'est pas subordonnée à la condition que l'emploi des deniers dotaux ait été prescrit par le contrat de mariage.

Objecterait-on que ce qui excède dans l'immeuble le montant des deniers dotaux employés ne représente pas la dot mobilière, et constitue une valeur disponible? Mais si l'immeuble avait subi des dépréciations, s'il valait moins que le montant des deniers dotaux employés, la dot mobilière ne supporterait-elle pas la perte? Pourquoi la dot mobilière ne profiterait-elle pas de la plus-value? Lorsqu'il est fait des deniers dotaux un emploi mobilier, la dot mobilière court les chances heureuses ou malheureuses des placements : pourquoi le placement immobilier serait-il soumis à une autre loi? Je réserve, bien entendu, dans la question des risques, le cas où, par ses fautes lourdes comme administrateur, le mari aurait engagé sa responsabilité.

La doctrine que je défends a été consacrée par un arrêt de la Cour de Grenoble, du 1er juillet 1846 (Devill. et Car., 47, 2, 280).

§ 2.

Je viens de signaler comme erronée une solution qui énerve le régime dotal en lui infligeant des embarras et des pertes qu'il exclut. Je voudrais maintenant appeler l'attention sur une solution qui prête au régime dotal un excès de rigueur et d'injustice qu'il ne paraît point comporter.

Sur le sol nu d'un immeuble dotal le mari fait élever des constructions qui en doublent, qui en triplent la valeur. Le chiffre de la plus-value n'est ni contestable ni contesté; il résulte, par exemple, d'une expertise homologuée par un juge-

Digitized by Google

ment qui a acquis l'autorité de la chose jugée; la femme ne méconnaît et ne saurait méconnaître ni la dette ni son étendue; elle soutient que les constructions se sont incorporées à son immeuble, qu'elles en sont inséparables et qu'elles sont dotales comme lui; elle oppose au mari, qui, après séparation de biens, l'a fait condamner au payement de la plus-value, et au constructeur, qui a figuré au jugement et a obtenu de son chef la condamnation, le principe de l'inaliénabilité du fonds dotal.

La femme confesse qu'elle est personnellement obligée, mais elle prétend que sa dot ne l'est pas. La dot, suivant la femme, profite des accroissements et ne subit pas les charges qui en sont la condition; la dot s'enrichit et s'enrichit légitimement; mais elle n'acquitte pas les dettes inhérentes à la cause de son augmentation. L'action *de in rem verso* qui est ouverte contre les mineurs, contre les interdits, contre les incapables, pour les empêcher de s'enrichir aux dépens d'autrui, n'est pas admissible contre la dot; ainsi la femme dotale peut appauvrir et ruiner les tiers coupables ou même non coupables d'imprudence; son régime matrimonial l'autorise à conserver, franc de toute indemnité, le profit qu'elle tient du travail et des avances de son mari ou des créanciers de son mari.

La Cour de Caen vient de consacrer cette dure théorie par deux arrêts des 19 et 20 juillet 1866.

Dans l'espèce particulière, le constructeur qui avait une condamnation pour le montant de la plus-value contre le mari et contre la femme offrait de faire porter le prix de l'adjudication de l'immeuble sur lequel il avait bâti et qu'il avait frappé de saisie, à un prix supérieur à sa valeur avant les constructions et s'engageait à ne réclamer payement que sur l'excédant.

La théorie que la Cour de Caen s'est appropriée est celle de M. Troplong (t. IV, n° 3640), de MM. Aubry et Rau (t. IV, p. 526).

Un arrêt de la Cour de cassation du 29 août 1860, suivi par la Cour de Rouen le 2 mai 1861 (Devil. et Car., 61, 1, 9 et s.; 62, 2, 171) paraît avoir eu une grande influence sur la Cour de Caen, qui antérieurement avait préféré une autre doctrine.

Que les femmes dotales soient hors la loi pour leurs contrats et même pour leurs quasi-contrats, quand leur volonté en est la source ou y a participé, il faut bien s'y résigner, si l'on ne condamne pas le régime dotal. Avec les femmes dotales on est

Digitized by Google

hors de la bonne foi et du crédit; elles ont le privilége de ne pas s'appauvrir; mais le privilége de ne pas appauvrir la dot n'est pas le privilége de l'enrichir aux dépens de la fortune d'autrui. Celui qui a fait l'affaire de la dot doit nécessairement avoir action sur la dot, dans la mesure du profit qu'il lui a apporté.

La femme qui s'est constitué en dot ses biens présents et à venir ne recueille pas les successions qui lui échoient pendant le mariage, sans en déduire les dettes qui les grèvent; elle satisfait aux charges inhérentes à la cause qui l'enrichit; elle ne sépare pas le bénéfice de la condition à laquelle il est soumis.

L'objection déduite de ce que les améliorations ne sauraient être détachées de l'immeuble dotal et forment avec lui un tout indivisible n'a, pour moi, aucune portée. Je n'ai pas besoin de soutenir que la plus-value est paraphernale; j'admets volontiers que l'immeuble tout entier, y compris l'accroissement résultant des travaux, est dotal. Ce que je dis, c'est que la dot accrue, enrichie, est assujettie à l'action *de in rem verso*. Qu'on n'objecte point que j'expose ainsi la dot à des poursuites qui peuvent aboutir à une expropriation forcée; ma réponse c'est que l'indisponibilité des biens dotaux n'est établie que pour paralyser les conséquences et les dangers des faits volontaires et non délictueux de la femme, ses contrats et quasi-contrats. Si les impenses n'avaient pas seulement été *utiles*, si elles avaient été *nécessaires*, est-ce que le créancier qui aurait fait les avances n'aurait pas d'action sur la dot? Personne n'oserait le nier. Cependant le résultat des impenses *nécessaires* ne serait pas plus séparable des biens dotaux que les impenses *utiles*, et le droit de poursuite et d'expropriation rencontrerait l'argument d'indivisibilité devant lequel il n'échouerait pas.

L'article 1558 du Code Napoléon ne fournirait pas une objection plus décisive. Sans doute la femme dotale ne pourrait obtenir de la justice l'autorisation d'aliéner ou d'hypothéquer ses biens dotaux pour employer le prix ou la somme prêtée à des améliorations : Pourquoi? Parce que l'autorisation impliquerait pour la femme la nécessité de supporter toute la dépense, bien qu'elle dépassât la plus-value, et qu'ainsi elle pourrait entraîner l'appauvrissement de la dot.

Notre solution a pour elle l'autorité d'un arrêt de la Cour de

Digitized by Google

Caen, du 9 mai 1856. Cet arrêt décide que le mari peut compenser, non-seulement contre les reprises mobilières, mais contre le prix d'un immeuble qui ne pouvait être vendu qu'à charge de remplacement, le montant de la plus-value qu'il a conférée par ses travaux aux biens dotaux; ainsi la plus-value constitue pour la femme un remploi immobilier [1].

« Considérant que le mari, chargé par la loi d'administrer en bon père de famille les biens de sa femme ne peut pas être assimilé à un tiers qui ferait des constructions sur la propriété d'autrui, et qu'il est incontestable qu'il a droit, en ce cas, à une récompense égale à la plus-value obtenue par les biens sur lesquels lesdites constructions ont été faites; qu'il ne s'agit plus que d'examiner si le montant de cette récompense peut, dans l'espèce actuelle, se compenser avec les reprises de la dame Jumel; — Considérant que parmi ces reprises figure, il est vrai, le prix ou au moins une partie du prix d'un immeuble dotal aliéné par les époux Jumel, pour lequel prix un remploi était dû à la femme, mais que, d'après ce qui vient d'être dit, elle trouve ce remploi dans l'augmentation de valeur conférée aux immeubles qu'elle possède à Manerbe par les travaux et constructions dont il vient d'être parlé; — qu'on objecte inutilement que, si la dame Jumel eût demandé à la justice l'autorisation d'employer le prix de son immeuble dotal à faire construire la maison d'habitation dont est parlé ci-dessus, cette autorisation aurait dû lui être refusée comme ne rentrant dans aucun des cas prévus par l'article 1558 du Code Napoléon; — qu'on conçoit ce refus dans le cas où la construction n'aurait pas été absolument nécessaire, parce qu'alors il aurait fallu prendre aux dépens du bien dotal la somme tout entière qui y aurait été employée, quoique cette somme fût supérieure à l'augmentation de valeur obtenue par les immeubles sur lesquels cette construction aurait eu lieu, et que, par suite, il y aurait eu véritablement diminution de la dot; mais que lorsque le mari a fait lui-même, à ses périls et risques, les frais de la construction et qu'il ne réclame que la plus-value qui en est provenue en compensation du prix qu'il a reçu et qu'il doit rendre, il ne cause aucun préjudice à

[1] *Jurisprudence de la Cour de Caen*, année 1856, page 240. Président, M. Binard.

Digitized by Google

sa femme; en définitive la dame Jumel a, aujourd'hui, des biens dotaux plus considérables que ceux qu'elle a apportés à son mari, et que sa prétention d'obtenir le payement de toutes ses reprises en gardant l'avantage considérable que lui ont procuré les constructions et travaux faits sur ses biens, tandis que les créanciers légitimes de son mari seraient en perte, conduirait à une révoltante iniquité.....

Un arrêt de la Cour de Caen du 5 novembre 1851 était déjà entré dans ces idées (*Jurisprudence de la Cour de Caen*, année 1851, p. 282-290).

Supposez que le mari qui a fait les améliorations à l'immeuble dotal soit un commerçant et qu'il tombe en faillite, la femme conservera-t-elle, sans indemnité, au préjudice des créanciers, une plus-value réputée ne provenir que de leurs deniers? (Art. 563 C. comm.)

§ 3.

Le régime dotal a, dans la pratique, soulevé une difficulté sur laquelle la doctrine, si elle n'est pas absolument muette, ne s'est du moins encore traduite, à notre connaissance, que dans un fragment de dissertation dont le vrai mérite n'exclut pas un nouvel effort (*Revue pratique*, t. VII, p. 502).

Il s'agit d'une question de rapport à succession.

Aux termes des articles 829 et 851 du Code Napoléon, l'héritier est obligé de rapporter à ses cohéritiers ce qu'il doit au défunt. Cette obligation de rapport investit les cohéritiers, créanciers du chef de leur auteur, d'un véritable privilége, du privilége de se faire payer par voie de prélèvement; elle est pour eux une précieuse garantie si le débiteur a d'autres créanciers, puisque ces créanciers ne peuvent imposer leur concours.

Une femme est soumise au régime dotal avec constitution en dot de ses biens présents et à venir; elle souscrit un emprunt conjointement et solidairement avec son mari. Elle est valablement obligée; mais elle n'a pu obliger la dot.

Le père de la femme dotale rembourse l'emprunteur; il considère, par un motif ou par un autre, que l'intérêt de sa fille exige ce remboursement. L'avenir, l'honneur de la famille sont peut-être menacés; peut-être le père trouve-t-il l'occasion

Digitized by Google

d'obtenir du prêteur une réduction considérable, et il ne réclamera que ce qu'il aura déboursé. — S'il survivait à son gendre et si sa succession s'ouvrait après la dissolution du mariage, la part de sa fille dans l'hérédité paternelle n'aurait jamais été dotale, et elle serait le gage des créanciers (Cassation, 7 décembre 1842, chambre civile, M. Portalis, présid.; Devil. et Car., 43, 1, 131).

Mais le mariage n'est pas dissous lorsque le père qui a libéré sa fille de l'obligation personnelle vient à mourir. Les frères et sœurs de la femme dotale pourront-ils lui faire précompter la somme qui lui a procuré sa libération? Non, dit la femme dotale, parce que mon père n'a pas fait l'affaire de ma dot qui n'était point le gage du prêteur, et ma dot serait appauvrie si je subissais, sur mon droit héréditaire, l'imputation de ce qui n'a pas été payé pour elle et en son acquit, puisqu'elle n'était pas tenue de la dette.

L'objection contre le rapport n'est pas, suivant moi, déterminante.

Ce n'est pas à la dot, c'est à la fille que l'imputation est demandée : cette imputation n'amoindrit pas la dot; elle la prive d'une chance de s'accroître, d'une occasion de s'enrichir; la femme dotale en laissant dans la succession paternelle une valeur représentative de la somme dont le *de cujus* avait fait pour elle l'avance paye sa dette avec un bien qui n'est pas arrivé et n'a pu arriver dans sa réserve, par conséquent, avec un bien qui n'a pas été dotalisé. La femme subit une condition inhérente à l'acceptation de l'hérédité; elle ne saurait scinder les conséquences de cette acceptation, garder le profit, en répudiant les charges. L'obligation du rapport est inséparable de la qualité d'héritière de la femme.

Prétendrait-on que cette théorie offre des inconvénients, des périls, qu'elle autoriserait un père à confisquer la réserve de sa fille au profit de créanciers auxquels cette réserve n'aurait pas été affectée?

La difficulté peut se présenter dans des hypothèses où les principes de la réserve ne seront pas engagés.

1° Le *de cujus* était un parent collatéral; c'est un oncle qui a acquitté la dette d'une nièce soumise au régime dotal; il avait la liberté de ne lui rien laisser; il pouvait préférer à elle ses autres successibles; il pouvait instituer des étrangers; il

Digitized by Google

ne l'a pas exclue de sa succession, mais il ne l'a pas exemptée du rapport des avances qu'il a faites pour elle, et par conséquent il l'a soumise à la nécessité de ce rapport.

Comment le *de cujus* n'aurait-il pas eu le droit d'employer, au bénéfice du créancier de l'un de ses présomptifs héritiers, ce dont il aurait pu librement disposer au bénéfice d'une personne étrangère ou au bénéfice d'un autre successible?

2° Le *de cujus* est un ascendant; l'avance qu'il a faite n'excède pas la part de la femme dotale dans la quotité disponible, et il n'a pas été disposé de cette quotité.

Nos arguments de tout à l'heure retrouvent ici une place, et ils commandent la solution.

L'emploi anticipé de la part dans la réserve d'une *descendante* abritée contre la dette par la dotalité semble au premier aspect faire plus de difficulté.

Pour bien apprécier la valeur de l'objection déduite de la nature du droit de réserve, il convient d'abord de remarquer que cette objection tend à combattre notre solution, en s'attaquant, non pas aux principes sur lesquels elle repose, mais aux résultats auxquels elle peut aboutir par suite d'abus.

A ce premier point de vue, on peut dire que, quelle que pût être son importance, l'argument ne saurait être décisif... Une vérité juridique n'est ni anéantie ni ébranlée, parce qu'elle peut accidentellement être employée comme instrument de malveillance ou de fraude. — Ici, d'ailleurs, la malveillance et la fraude sont peu à redouter de la part d'un père ou d'un aïeul, au préjudice de sa fille ou de sa petite-fille.

En droit, comment le régime dotal, stipulé par l'une des successibles, pourrait-il exercer de l'influence sur ses relations avec ses cosuccessibles? Le régime matrimonial de l'enfant débiteur du rapport ne saurait paralyser un principe d'égalité qui est la loi des cohéritiers. Or l'égalité serait profondément blessée si la cohéritière femme dotale ne tenait pas compte à ses cohéritiers, et ce, en moins prenant, des avances qui ont été faites pour elle par l'auteur commun.

L'article 1573 du Code Napoléon qui n'oblige la femme, lorsqu'au moment de la constitution de la dot le mari était déjà insolvable, qu'au rapport de l'action qu'elle a contre celui-ci, n'a rien d'inconciliable avec notre doctrine.

D'une part il prouve qu'en principe la femme est tenue de

Digitized by Google

rapporter à ses cohéritiers la dot même et non pas seulement l'action en restitution, bien que cette dot ait été dissipée. La perte de la dot n'est supportée par la succession du constituant qu'autant qu'il a commis une imprudence, qu'autant qu'il a dû savoir, en donnant, que la donation ne profiterait pas au donataire.

D'autre part l'article 1573 n'est applicable qu'au rapport des donations; il ne régit pas le rapport des dettes. — Sans doute on peut objecter que le *de cujus* en acquittant une dette, qui ne pesait pas sur la dot, a commis une faute analogue à celle du donateur qui a livré une dot à un mari insolvable. — Les exceptions ne s'étendent point par voie d'analogie et la disposition de l'article 1553 est une disposition exceptionnelle. L'analogie d'ailleurs n'est pas réelle : la livraison d'une dot à un mari insolvable est injustifiable; elle est dénuée d'utilité et de raison. Le payement de la dette de la femme, même quand la dot n'en est pas tenue, libère l'obligée de l'action personnelle, dégage l'avenir, assure satisfaction à des intérêts de convenance et d'honneur; il peut constituer un important service, et la présomption est que l'avance a ce caractère, du moins dans la pensée de celui qui l'a faite.

Si l'ascendant en payant la dette avait voulu faire une affaire pour lui, un placement, il faudrait peut-être dire que la créance résultant de cette affaire devrait être considérée comme une valeur active de sa succession, et devrait, à ce titre, être partagée entre tous les héritiers qui n'auraient, chacun pour sa part, que les droits et moyens d'exécution attachés à la créance du tiers remboursé.

La logique cependant hésiterait à admettre ce tempérament, parce que le rapport est autre chose que le payement; les cohéritiers ne sont pas dans la même condition que le *de cujus*; ce n'est pas au débiteur, c'est au copartageant qu'ils s'adressent. — Mais à tout le moins, lorsque l'ascendant a agi sous une inspiration de bienfaisance, qu'il a eu la sincère et loyale intention d'être utile à sa présomptive héritière, la fille ou petite-fille gratifiée doit précompter même sur sa réserve ce qui a été déboursé pour elle.

Toutes les analogies du droit, et les analogies ont de la valeur, quand il s'agit de l'application du droit commun, conduisent à cette solution.

Digitized by Google

Le failli concordataire rapporte, en moins prenant, à la succession de son créancier, même la partie de la dette qu'il a été dispensé d'acquitter, lorsque cette dette résulte d'un acte qui a moins le caractère d'un acte à titre onéreux que le caractère d'un acte à titre gratuit, par exemple lorsqu'elle résulte soit d'avances faites pour le compte du successible, afin de favoriser son établissement ou de l'aider à continuer son commerce, soit de cautionnements souscrits en sa faveur.

Dans ce cas pourtant le successible concordataire pourrait prétendre que son auteur ne devrait pas être de meilleure condition que les tiers qu'il a remboursés et dont il tient la place. Le rapport de ce que le concordataire n'aurait pas eu à payer au créancier primitif est exigé, non pas dans l'intérêt de celui qui a fait le payement, dans l'intérêt du subrogé, mais, et cela est très-différent, dans l'intérêt de l'égalité qui est un principe essentiel, un principe supérieur au principe libératoire du concordat. (V. Aubry et Rau d'après Zachariæ, 3e édition, t. V, p. 317, à la note 19, les nombreuses autorités qu'ils citent.)

Eh bien, si la dotalité protége la femme contre ceux avec lesquels elle contracte, elle ne saurait paralyser les droits des tiers, des droits nés en dehors de tout contrat et de tout quasi-contrat. Le principe d'égalité, en matière de partage, prime le principe de la dotalité.

La doctrine a abordé une question qui n'est pas sans quelque affinité avec la nôtre; mais elle offre plus de difficulté; nous ne l'indiquons que pour en déduire un argument *à fortiori*.

Un père acquitte des dettes contractées par un de ses enfants en état de minorité : l'enfant n'était pas *civilement* obligé ou du moins son obligation était rescindable. Les circonstances révèlent que le père a bien entendu les véritables intérêts du mineur, les exigences de sa dignité et de sa considération. Le principe d'égalité astreint l'enfant envers ses cohéritiers au rapport de ce qu'il n'eût pas été contraint de payer à son créancier.

Cette question a été soulevée au Conseil d'État lors de la discussion du Code Napoléon, et si elle n'a pas été expressément résolue, elle a été préjugée dans ce sens par Regnault et même par Treilhard qui la subordonne cependant à la faveur des faits. (V. Chabot sur l'article 851, n° 2; Toullier,

Digitized by Google

Des successions, n° 483, et Duranton, tome VII, n° 312.)

Un père assure son fils mineur contre les chances du tirage; l'enfant a un numéro qui le libère. La somme payée pour l'affranchissement d'une mauvaise chance qui ne s'est pas *réalisée* est rapportable, si l'assurance a été faite dans le véritable intérêt du fils. Il y a là-dessus une jurisprudence très-constante.

La femme dotale n'est pas mineure; elle n'est pas sous le coup d'une incapacité absolue; elle est civilement obligée, du moins sur ses biens extradotaux, à l'acquit de ses dettes, et encore une fois c'est elle et non la dot qui est héritière.

Mes développements ont encore eu sur ce point pour objet de décharger le régime dotal d'une compromettante exagération.

§ 4.

L'indisponibilité des biens dotaux est-elle la cause de l'incapacité où est la femme de les engager, ou au contraire n'est-ce pas l'incapacité de la femme d'engager ses biens dotaux qui les rend indisponibles?

Est-ce de la nature du bien que la protection remonte à la personne, ou est-ce l'incapacité de la personne qui réagit sur le bien? En d'autres termes, l'obstacle à l'exécution de l'obligation de la femme dotale est-il un obstacle extérieur ou un obstacle inhérent à la condition de la femme qui le souscrit?

La question a été vivement débattue entre un savant professeur et un éloquent magistrat, entre M. Demolombe et M. Massot. (V. *Jurisprudence de la Cour de Caen*, année 1840, p. 299-324.)

La dissertation de M. Demolombe, recueillie dans la *Revue* de M. Wolowski (années 1835-1836), tome II, p. 282, a eu plus de publicité que celle de M. Massot, qui ne se trouve, je le crois du moins, que dans la *Jurisprudence de la Cour de Caen*.

Un de mes honorables collègues, M. Gide, vient de raviver le problème en le modifiant ou en l'altérant par une nouvelle formule.

M. Gide ne se demande pas laquelle de l'inaliénabilité des biens dotaux ou de l'incapacité de la femme dotale est la cause,

Digitized by Google

laquelle est l'effet; il se demande seulement si l'inefficacité de l'obligation de la femme dotale provient d'un vice dont le siége soit dans la personne de l'obligé ou d'un vice qui ait son siége dans la chose même sur laquelle porte l'obligation; et, avec une grande vigueur de logique, il déduit les conséquences bien différentes auxquelles conduit l'adoption de l'une ou de l'autre idée. Mais M. Gide considère que c'est exclusivement soit l'une soit l'autre de ces deux idées qui explique notre régime dotal; il ne croit pas à leur coexistence et, par conséquent, ne recherche pas leur lien de filiation; il opte pour l'incapacité *personnelle* qui est, pour lui, une sorte de *sénatus-consulte Velléien.*

C'est, en isolant l'incapacité de la femme dotale de l'inaliénabilité de la dot, que l'habile jurisconsulte arrive à soutenir que les engagements souscrits par la femme pendant le mariage n'engendrent pas d'action sur les biens qui lui échoient lorsque le mariage est dissous. Ce n'est pas qu'il soutienne avec un arrêt de la Cour de Caen, qui, depuis, a abandonné cette doctrine, que la constitution en dot des biens présents et à venir dotalise des biens qui n'ont pu être affectés aux charges de l'union conjugale, puisque cette union n'existait plus, quand la femme en est devenue propriétaire.

M. Gide n'a pas à se préoccuper de cette difficulté, il se borne à dire : La femme était incapable quand elle s'est engagée; la capacité qu'elle conquiert par le veuvage ne rétroagit pas.

De cette idée de l'incapacité dotale, isolée de l'inaliénabilité de la dot, M. Gide conclut que les engagements souscrits par la femme, à raison de la dot, pendant le mariage, ne doivent avoir aucune efficacité, même sur les biens paraphernaux.

Cette dernière solution met, à mon sens, dans tout son jour, le côté vulnérable du nouveau système.

La femme dotale est incapable, je le veux, mais quant à sa dot; elle conserve sa capacité pour les autres biens; ils sont de libre disposition. L'incapacité, qu'elle soit *personnelle* ou *réelle,* est limitée aux biens dotaux, et c'est bien pour cela que les deux jurisconsultes dont j'ai rappelé les travaux ont agité avec tant de soin le point de savoir si l'indisponibilité des biens engendre l'incapacité, ou si l'incapacité quant aux biens, les rend indisponibles.

Digitized by Google

Je préfère à la formule du problème d'après M. Gide, la formule de MM. Demolombe et Massot.

Mais quelle sera, entre la thèse de M. Demolombe et la thèse de M. Massot, ma préférence? Je ne me rallie ni à l'une ni à l'autre : non-seulement les deux idées de l'incapacité de la personne et de l'indisponibilité des biens coexistent, mais elles ont la même date; l'une n'est pas née de l'autre; elles se produisent simultanément, ne sont pas liées par le rapport de cause à effet, et elles sont indivisibles.

J'admets avec M. Gide que l'obligation contractée par la femme, pendant le mariage, demeurera nulle, même après que le mariage sera dissous et que les biens dotaux seront redevenus libres.

J'admets avec M. Gide que l'objection contractée par la femme, avant le mariage, demeurera valable, bien que l'obligée soumette ensuite son patrimoine au régime de la dotalité.

Je n'admets pas plus que M. Gide que l'indisponibilité de la dot paralyse l'efficacité des engagements qui ne sont pas le résultat de la volonté de la femme, ou qui sont le résultat de ses délits; il ne saurait être question de capacité, là où la volonté de la femme n'entre pour rien; et pour les faits volontaires mais délictueux, la stipulation de ne pas réparer le dommage causé volontairement par des infractions à la loi pénale, est impuissante comme contraire à l'ordre public.

Mais ces conclusions n'impliquent pas que l'incapacité de la femme dotale ne soit que personnelle; cette incapacité est, suivant moi, *personnelle* et *réelle*, et si on ne limite l'incapacité de la personne par l'indisponibilité des biens, il faut refuser tout effet aux obligations de la femme, même sur ses biens extradotaux.

De même si on ne limite pas l'indisponibilité des biens par l'incapacité de la personne, il faudra dire que les engagements auxquels la femme est soumise, en dehors de toute volonté ou par suite d'une volonté coupable, et les engagements, œuvre d'une volonté antérieure au mariage, ne sont pas susceptibles d'exécution sur la dot.

Je recule devant ces extrémités auxquelles conduit l'adoption exclusive d'une des deux idées, *l'incapacité absolue* ou *l'inaliénabilité absolue, l'obstacle personnel* ou *l'obstacle extérieur.*

Digitized by Google

Je ne sépare pas ces deux idées; je les tempère, je les borne l'une par l'autre; je ne les subordonne pas l'une à l'autre; il n'y a pas entre elles d'ordre généalogique : elles sont l'une et l'autre des effets directs, immédiats, du contrat de mariage et de la loi qui autorise la stipulation du régime dotal[1].

A. BERTAULD.

RÉDUCTION DU LEGS DE LIBÉRATION A UN INSOLVABLE.

Comment se calculent la réserve et la réduction quand le testateur, dont l'actif comprend une créance mauvaise, a dépassé la quotité disponible par plusieurs legs dont l'un fait remise de sa dette au débiteur insolvable.

Par M. Félix Berriat-Saint-Prix, avocat, docteur en droit.

Il est un assez grand nombre de questions qui, embarrassantes pour les jurisconsultes peu familiers avec les théories mathématiques, deviennent faciles pour ceux qui ne dédaignent pas d'emprunter le secours de l'arithmétique et de l'algèbre élémentaire. Les chapitres du Code consacrés aux divers ordres d'héritiers et aux successions irrégulières, les règles qui déterminent la quotité disponible et la réduction des libéralités excessives, suggèrent plusieurs de ces difficultés que j'appellerais volontiers « mathématico-juridiques. » Peu d'interprètes ont employé, pour les résoudre, la double méthode que réclame en quelque sorte leur double nature. C. G. Guilhon, dans un *Traité des donations entre-vifs* publié vers 1818, a fait usage, sur une assez vaste échelle, de la théorie des proportions. Plus tard, M. Gros, à l'aide d'une observation arithmétique fort ingénieuse, a tenté de déterminer enfin les droits de *plusieurs* enfants naturels, en concours avec des enfants légitimes; il aurait résolu le problème, ... si le problème n'avait pas été insoluble. On me pardonnera de mentionner ici un travail où j'ai essayé, bien ou mal, de donner aux dé-

[1] On peut rapprocher de notre discussion sur ce dernier paragraphe une bonne dissertation de M. Labbé (*Revue critique*, t. IX, p. 1-18).

Digitized by Google

monstrations du droit quelque chose de la rigueur des théorèmes de la géométrie; dans mes *Notes sur le Code civil*, je substitue maintes fois des fractions abstraites aux nombres concrets; je généralise certaines solutions avec des signes d'Algèbre, non sans une sorte d'inquiétude, car le mot que je viens d'écrire est propre à frapper les étudiants de Paris d'une terreur égale à celle qu'inspirait le *nudum jus quiritium* aux étudiants de Constantinople [1].

Comment faire néanmoins, quand les jurisconsultes les plus renommés confessent l'impuissance des méthodes purement juridiques?

Voici une difficulté dont MM. Troplong et Demolombe ne proposent, de leur propre aveu, qu'une solution insuffisante. Il est vrai qu'avant eux, Ulpien et Delvincourt, dont ils invoquent l'autorité, nous ont laissé, sur un cas analogue, des réponses inexactes.

Il s'agit de savoir comment on réduira plusieurs legs, dont la valeur totale excède la quotité disponible, lorsque l'hérédité renferme une créance contre un débiteur *insolvable*, auquel le défunt a, selon le langage des Romains, légué sa *libération* [2], ou, si l'on aime mieux, fait remise de sa dette par testament.

Rappelons d'abord quelques notions incontestables.

Aux termes de l'article 922, « on forme une masse de tous « les biens *existants* [3] au décès du testateur. » Mais devra-t-on comprendre dans les biens existants les créances reconnues mauvaises? Le laconisme habituel de nos Codes nous jetterait ici dans l'embarras, s'il ne laissait un champ assez libre à la logique, aidée du commentaire anticipé d'Ulpien et de Paul. Les créances quelconques figurent sans doute dans l'énumération complète des droits du défunt; mais les légataires et les héritiers à réserve, entre lesquels doit se distribuer l'actif héréditaire, ont des droits également respectables; forcer l'un d'eux à se contenter de valeurs purement nominales, pendant que les autres absorberaient les valeurs réelles,

[1] *Verbum per quod animi juvenum...* PERTERRITI... (Justinien, *De nudo jure quiritium tollendo*, Code, VII, 25.)

[2] *Si quis debitori suo* LIBERATIONEM *legaverit* (Instit., § 13, *De legatis*. — Digeste, *De liberatione legata*, liv. XXXIV, tit. 3).

[3] Pothier, Ricard, Lebrun,... disent : biens *extants;* latinisme que nos écrivains modernes aiment à reproduire.

Digitized by Google

ce serait l'appauvrir au bénéfice d'autrui. Donc, les créances contre des insolvables doivent être exclues pareillement de la réserve et de la quotité disponible. Inscrites dans la masse pour mémoire, elles constituent une sorte de fonds distinct, susceptible de devenir éventuellement l'objet d'une répartition supplémentaire. *Nomen hoc,* disait Paul (fragment 22, § 3, *ad legem Falcidiam*), *non auget hereditatem, nisi ex* EVENTU. La distribution voulue par la loi Falcidie, disait Ulpien (frag. 82, *eod.*), s'opère sur les valeurs réalisables : *ex eo* QUOD REFICI *ex hereditate* POTEST.

Exceptons pourtant une hypothèse : celle où le testament fait remise à l'insolvable du montant de la dette. Le legs de la libération produit ici ce qu'on pourrait appeler un phénomène juridique singulier : il transforme la valeur purement nominale de la créance en une valeur effective, propre à entrer dès lors, comme élément nécessaire, dans la masse partageable. L'exécution du legs est en effet complète quand l'héritier a donné quittance au débiteur-légataire; ce dernier ne saurait alléguer son insolvabilité personnelle pour prétendre qu'il n'est pas légalement satisfait : *ipse sibi solvendo videtur,* disait encore Ulpien, dans le fragment déjà cité, *et quod ad se attinet, dives est. Capere enim videtur,* ajoutait Paul (*sup.*), *eo quod liberatur.* Au contraire, le legs de la créance mauvaise à un tiers serait inutile et ne viendrait pas à contribution (*id.* frag. 22, § 4, *ad leg. Falc.*); il serait en quelque sorte sans objet.

L'application arithmétique de cette idée est toute simple, quand les legs n'excèdent pas la quotité disponible. Supposons un seul enfant, héritier à réserve pour moitié. Le défunt laisse des biens proprement dits, valant 40,000 francs, et, en outre, un débiteur de 20,000 francs, Primus, en déconfiture; par son testament, il lègue à Primus sa libération et 10,000 francs à Secundus. La masse des biens *existants* se trouve portée à 60,000 francs en vertu du legs de la libération; la réserve et la quotité disponible sont chacune de 30,000 francs. Rien n'empêche de donner quittance entière à l'insolvable, car les valeurs effectives suffisent pour payer 10,000 francs au deuxième légataire et réserver 30,000 francs à l'héritier.

La difficulté surgit quand la somme des legs dépasse la quotité disponible; en effet, tous, y compris celui de la libération

Digitized by Google

(et c'est là le nœud qu'il faut délier), doivent subir une réduction proportionnelle : ainsi le veut l'article 926.

Je dois aux nombreux lecteurs de MM. Troplong et Demolombe, de conserver précisément l'hypothèse choisie par ces deux jurisconsultes. Ils supposent avec raison, pour plus de simplicité, une réserve et une quotité disponible égales entre elles et deux legs seulement, ayant pour objet des sommes pareilles. Voici leurs chiffres, l'héritier (un enfant, par exemple, art. 913) ayant droit à une réserve de *moitié :*

Biens existants.	Valeurs effectives.	40,000 fr	60,000 au plus.
	Créance contre Primus, insolvable.	20,000	
Sommes léguées.	Legs de la libération à Primus. . .	20,000	40,000.
	Legs à Secundus [1]	20,000	

Combien revient-il à l'héritier à réserve? Combien à chacun des légataires?

MM. Troplong et Demolombe débutent par évaluer, — un peu légèrement, — la masse partageable à 60,000 francs. Cette évaluation, si exagérée qu'elle soit, ne procure qu'une quotité disponible de 30,000 francs; ce qui contraint de réduire d'un quart les 40,000 francs légués et fait tomber chacun des legs à 15,000, sans excepter celui de l'insolvable. Ici, les savants auteurs s'aperçoivent qu'ils ont fait fausse route et que la masse partageable n'est point en réalité de 60,000 francs comme ils l'avaient cru; en effet, si le legs de libération ne vaut que pour 15,000, la créance mauvaise ne devient plus bonne que pour une somme égale; les 5,000 francs retranchés du legs n'augmentent plus la masse que « *pour mémoire;* » « c'est, pour me servir des expressions de M. Troplong, « un zéro à « porter en compte,... » c'est un « chiffre insignifiant qui n'a « de réalité qu'à la surface et n'en a pas dans le fond. »

La masse définitive est donc seulement de 55,000 francs (et non plus de 60,000). Mais la réserve tombe ainsi à 27,500 (moitié de 55,000); retranchons ce nombre de 40,000, montant

[1] Ce *Secundus* sert à représenter, dans les calculs qui vont suivre, tous les légataires, autres que le débiteur, quel que soit leur nombre. On peut toujours additionner les sommes qui leur sont léguées, et en former un nombre unique, opposé à la somme due par l'insolvable et léguée à l'insolvable.

Digitized by Google

des valeurs réalisables; il nous reste 12,500 francs pour satisfaire Secundus; d'où les chiffres qui suivent :

Légataire de la libération.	15,000 fr
Héritier à réserve.	27,500
Autre légataire (ou autres légataires).	12,500
Total des biens existants.	55,000

Et tel est le résultat auquel s'arrêtent M. Troplong, M. Demolombe, et sans doute les auteurs qu'ils citent [1].

D'aussi éminents logiciens ne pouvaient accepter une semblable solution, sans protester eux-mêmes contre son inexactitude.

M. Troplong, tout le premier [2], reconnaît que le procédé qui consiste à reformer deux fois la masse est une *anomalie*; « anomalie impossible à éviter, » sans doute; mais enfin, c'est une anomalie. Et cependant, M. Troplong lui-même paraît en avoir conçu l'idée [3]; car Ulpien, qu'il présente comme son *guide* en cette circonstance, n'a point songé à « deux compo-« sitions successives de masses héréditaires : l'une, d'abord « plus forte; l'autre, plus faible ensuite » (M. Demolombe). Le fragment 82, *ad legem Falcidiam*, fournirait plutôt, on le verra tout à l'heure, une induction en sens contraire.

M. Demolombe, à son tour, s'étonne des deux *compositions successives*. Il va plus loin et se demande avec raison « com-« ment il se fait que l'un des légataires, Primus, ne subisse « une réduction que de 5,000 francs; tandis que l'autre léga-« taire, Secundus, va subir une réduction de 7,500 francs, et « cela en présence de l'article 926, qui exige que la réduction

[1] Observez toutefois que Coin-Delisle, dont j'ai la première édition entre les mains, se borne à cette idée générale : la « créance... ne figurera... à la « masse... que pour une somme *équivalente à celle que le légataire doit* « *recueillir*,... quand les legs viennent entre eux par contribution » (article 922, n° 15). Je suis tenté de conclure des mots soulignés que l'ancien et regrettable rédacteur de cette *Revue* avait aperçu la vérité; mais il ne spécifie aucun élément de solution. — On verra plus loin que Delvincourt, dont j'ai sous les yeux la dernière édition, ne s'explique pas plus clairement, bien qu'il pose une espèce.

[2] Commentaire du titre 2 du livre III du Code civil, *Des donations entre-vifs et des testaments*, t. II, n° 950.

[3] A moins qu'on ne veuille en trouver le germe dans le passage de Delvincourt, cité plus loin.

Digitized by Google

« soit faite au marc le franc sur tous les legs! — Tout cela est « vrai, s'écrie l'illustre professeur. — *Mais comment faire « autrement pourtant?* — Cette double composition de la « masse n'est-elle pas indispensable : la première, pour savoir « *jusqu'à quelle concurrence Primus sera réputé solvable* [1]... « et libéré par compensation; la deuxième, pour déterminer « la *consistance réelle* du patrimoine [2]...? — Et, si cette double « opération est nécessaire, l'inégalité de la répartition entre « les deux légataires n'en est-elle pas même une conséquence « à laquelle il n'est pas non plus possible d'échapper [3]? — « C'est ce que nous croyons, » conclut M. Demolombe [4].

Nos deux savants jurisconsultes ne se sont donc nullement fait illusion sur l'imperfection des résultats qu'ils adoptent, en quelque sorte à regret.

On a droit tout d'abord d'être surpris de ce qu'ils ont laissé leur raisonnement incomplet. Du moment qu'ils avaient découvert un *second* maximum de la masse héréditaire, désormais limitée à 55,000 francs, du moment qu'ils en déduisaient une deuxième évaluation de la réserve, comment n'ont-ils pas vu que la quotité disponible subissait une dépréciation pareille et qu'il devait s'en suivre une deuxième réduction des legs? Si le disponible est de 27,500 francs seulement, chacun des deux legs, supposés égaux, ne peut plus dépasser la moitié de ce nombre, c'est-à-dire 13,750 francs. — Mais, si le legs de libération diminue de valeur, il doit en être de même de la masse partageable, et l'on obtient ainsi un *troisième* maximum, égal à 53,750 francs.

Voilà donc une troisième composition de la masse, et ce n'est pas la dernière; car il s'en suit une troisième réduction qui fait descendre la créance mauvaise à 13,437 fr. 50 cent., et les biens *extants*, par contre-coup, à 53,437 fr. 50 cent., *quatrième* maximum.

[1] Si tel était le résultat de la première composition de la masse, le problème serait résolu; mais elle n'aboutit au fond qu'à fixer le *maximum* possible du legs de la libération, et, partant, des valeurs héréditaires.

[2] On va voir qu'il ne suffit pas d'une deuxième composition pour atteindr ce but.

[3] Oui, si l'on s'arrête mal à propos à cette deuxième composition.

[4] Tome XIX de son *Cours*, IIe du *Traité des donations entre-vifs et des testaments*, n° 279.

Digitized by Google

Continuez, si vous en avez le courage : après ONZE remaniements successifs vous obtiendrez les chiffres que voici :

Légataire de la libération.	13,333 fr	33 c
Autres légataires réunis.	13,333	33
Héritier à réserve.	26,666	66
Total des biens existants.	53,333	32

Serait-il donc impossible de parvenir au but, sans passer par toute une série de tâtonnements? Non, sans doute.

La valeur définitive de la créance mauvaise, telle qu'elle résultera d'une réduction proportionnelle des legs, impraticable à l'origine, est inconnue, il est vrai. Mais qu'importe, si sa relation avec la somme connue des valeurs immédiatement réalisables est possible à déterminer? Or il est facile de préciser cette relation.

En effet, les deux legs sont égaux par hypothèse et doivent demeurer tels après la réduction (art. 926); donc chacun d'eux équivaut à moitié de la quotité disponible. Celle-ci est égale à la réserve, puisque le défunt a laissé un seul enfant. Or la réserve et la quotité disponible réunies égalent la masse des biens existants; donc la valeur inconnue est le *quart* de cette masse, et les biens réalisables en forment les *trois* quarts. Donc ces mêmes biens représentent *trois* fois la valeur inconnue; qu'on les divise en trois parties égales, on obtiendra cette valeur [1].

Faisons l'application de ce raisonnement à l'espèce qui nous occupe. Les biens réalisables valent 40,000 francs. Prenons-en le tiers, c'est-à-dire 13,333 fr. 33 cent.; cette somme sera payée en argent à Secundus; quittance sera donnée pour une somme égale à Primus, légataire de la libération; et une somme double (26,666 fr. 66 cent.) constituera la réserve de l'enfant. Ce sont précisément les chiffres que l'on obtient en remaniant onze fois la masse.

[1] Solution algébrique : Appelons x la valeur à laquelle doit être réduit le legs de libération; la masse des biens existants sera $40,000 + x$. D'un autre côté, les deux legs sont égaux; donc la quotité disponible est égale à $2x$; la réserve pareillement; la somme des deux, réunies, est $4x$. Cette somme équivaut à la masse des biens existants; donc $4x = 40,000 + x$. En retranchant x de part et d'autre, on a $3x = 40,000$; donc enfin $x = \frac{40,000}{3} = 13,333,33.....$

Digitized by Google

Les calculs changeront, mais non la méthode, si l'on fait varier le rapport entre le legs fait à l'insolvable et les legs faits à d'autres légataires que nous représentons, pour simplifier, par Secundus.

Supposons le legs de Secundus *double* du legs de libération, c'est-à-dire de la valeur inconnue; la portion disponible (et, par suite, la réserve) sera triple de cette valeur. Donc les biens réalisables contiennent trois fois plus deux fois, ou *cinq* fois la valeur inconnue. Leur division par cinq donnera le nombre cherché [1].

Si le legs de Secundus est *triple*, la quotité disponible (ainsi que la réserve) sera quadruple, et la totalité des biens effectifs *septuple* de la valeur inconnue. En divisant par sept, on obtiendra cette valeur [2].

La difficulté n'augmentera pas en faisant le legs de Secundus plus petit que celui du débiteur insolvable.

Supposons-le égal à la *moitié*. La valeur inconnue est alors double du legs de Secundus; la portion disponible, et, partant, la réserve, équivaut à 1 fois 1/2, c'est-à-dire à trois fois la moitié de la valeur inconnue. La somme des biens réalisables contient donc *quatre fois cette moitié* [3].

On conçoit que les données du problème varient encore d'autre façon. Au lieu d'une réserve de moitié, envisageons une réserve d'un *quart* (par exemple s'il y a, dans une seule ligne, un ou plusieurs ascendants, art. 915). Nous arrivons ainsi à l'hypothèse d'Ulpien (fragm. 82, *ad legem Falcidiam*, Digeste, liv. XXXV, tit. 2). On se rappelle que la loi Falcidie défend de léguer plus des trois quarts de l'hérédité; la situation de l'héritier institué qui revendique la quarte falcidie est donc pareille à la situation de notre héritier légitime qui ré-

[1] Donc, si le testateur a légué 40,000 francs à Secundus (au lieu de 20,000), l'insolvable aura 8,000 francs; Secundus, le double (16,000); l'héritier, le triple (24,000).

[2] Donc, si le testateur a légué 60,000 francs à Secundus (au lieu de 20,000), l'insolvable aura 5,714 fr. 28 c.; Secundus, le triple (17,142 fr 84 c); l'héritier, le quadruple (22,857 fr 12 c).

[3] Admettons, dans l'espèce proposée, que la créance mauvaise soit de 30,000 francs et le legs de Secundus de 15,000 (avec les chiffres de 20,000 et 10,000, — compar. l'espèce de MM. Tropl. et Demol.; — la difficulté disparaîtrait); l'insolvable aura 20,000 francs; Secundus, 10,000; l'héritier, 30,000.

Digitized by Google

clame une réserve d'un quart, en invoquant la réduction contre des légataires seulement.

Dans l'espèce d'Ulpien, l'insolvabilité du débiteur légataire n'est pas complète; il donne à ses créanciers 25 p. 100, qui composent tout l'actif réalisable (*refectum... quod refici potest*) du défunt. Le testateur lègue à un tiers, Seïus, une somme égale au montant de la dette dont il lègue la libération. Chiffres d'Ulpien :

Biens existants.	Valeurs effectives.	100	400 au plus.
	Créance non réalisable.	300	
Valeurs léguées.	Legs de libération.	400	800
	Legs à Seïus (Secundus).	400	

On commence par réduire les sommes léguées à 400, montant du patrimoine (*ante enim detrahendum est, quod extra bonorum quantitatem est;* Instit., § 3, *De lege Falcidia*). On les réduit de nouveau à 300 (150 pour chaque légataire), afin de ménager à l'héritier sa quarte. Mais comme la loi Falcidie s'applique seulement sur ce qui est recouvrable, Ulpien n'en attribue que le quart à l'institué; le surplus appartient à Seïus[1]; l'insolvable recueille tout son legs : *debitor qui solvendo non est, secum centum quinquaginta compenset.*

Légataire de la libération.	150
Héritier institué[2].	25
Seïus (ou autres légataires).	75
(Les biens existants seraient donc, suivant Ulpien)...	250

On le voit : Ulpien ne songe pas, comme l'a fait depuis M. Troplong, à reformer après coup la composition de la masse. Mais, si je ne me trompe[3], il perd de vue un principe vrai pour les Romains comme pour nous, c'est que les legs doivent tous

[1] Le Digeste porte : *tres partes ferant* LEGATARII... Mais ce terme ambigu ne convient qu'à Seïus; en effet Ulpien, dans la ligne suivante, adjuge à l'insolvable la totalité de son legs; il n'entend donc rien lui donner dans les 100 que le débiteur peut payer.

[2] En droit français : Héritier ayant une réserve d'un quart.

[3] Cujas, sur le livre XVII des questions de Paul, analyse le texte d'Ulpien, sans formuler de critique. — Selon Doneau (livre VIII, ch. 24, n° 7), ce fragment n'exige aucune interprétation; il suffit de le lire, après s'être rendu compte de l'espèce

Digitized by Google

subir une réduction proportionnelle : *pro rata portione*[1] *per Legem ipso jure minuuntur*, dit Gaïus (fr. 73 § 5, *ad legem Falc.*). Le légataire de libération n'a pas droit de percevoir la totalité de son legs, quand les autres légataires ne perçoivent que la moitié du leur. Il est vrai que le bénéfice provenant de la compensation est purement moral pour lui; mais il s'en suit un avantage matériel pour les autres légataires, au détriment de l'héritier, puisqu'ils absorbent à eux seuls les trois quarts des valeurs effectives. La décision d'Ulpien doit donc être modifiée.

Employons la méthode qui nous a déjà réussi. Il s'agit de déterminer la quantité pour laquelle la créance mauvaise doit être considérée comme bonne, en vertu du legs de libération, supposé convenablement réduit, c. à d. au même taux que le legs de Seïus. Or cette quantité forme la moitié des trois quarts de la masse, ou les trois huitièmes; il en est de même du legs de Seïus; la quarte de l'héritier vaut deux huitièmes. D'un autre côté, la valeur réalisable doit suffire au payement du legs de Seïus et de la quarte, c. à d. de *cinq* huitièmes. Divisons cette valeur par cinq, nous obtiendrons le *huitième* de la masse; le double formera la quarte de l'héritier; le triple sera dévolu à Seïus; l'insolvable compensera une valeur égale avec lui-même. Donc, voici la répartition véritable :

Héritier auquel est dû le quart.	40
Insolvable (payé par lui-même).	60
Seïus (ou Secundus).	60
Masse partageable.	160

L'insolvable demeure donc légalement débiteur de 240; mais, s'il devient solvable dans la suite, il ne devra payer que 150, dont 60 à l'héritier, et 90 à Seïus; il compensera 90 avec lui-même[2].

[1] *Tres... partes inter legatarios distribuantur;* PRO RATA *scilicet* PORTIONE *ejus quod cuique eorum legatum fuerit* (Instit. de Justinien, § 3, *De lege Falcidia*). — Ces termes équivalent à ceux de l'article 926 : « la réduction sera faite *au marc le franc...* »

[2] J'ai respecté les chiffres d'Ulpien, d'autant mieux que l'espèce de MM. Troplong et Demolombe n'offre aucun embarras, quand la réserve est d'un quart : l'héritier a 15,000 francs et chaque légataire 22,500. — Il faut recourir à la méthode indiquée plus haut, lorsque la réserve est des deux tiers ou des trois quarts (art. 913, 914, 904). Dans le premier cas, les héri-

Digitized by Google

Il reste à examiner un point, le plus délicat peut-être. Notre guide sera désormais Delvincourt[1], auteur faible en histoire et en philosophie, mais réunissant parfois, comme jurisconsulte, trois qualités dont le concours est bien rare, concision, lucidité et profondeur. MM. Troplong et Demolombe semblent, en le citant, avoir dédaigné d'envisager cette face nouvelle de la question.

Supposons la faillite du débiteur-légataire déclarée, et le dividende fixé à 25 p. 100 par un concordat. Cette somme doit-elle grossir les biens *existants* du testateur? Oui, si la succession a droit de figurer dans les répartitions pour toute la valeur nominale de la créance. Mais une objection, invincible selon Delvincourt, s'y oppose. Le legs de libération éteint la créance en tant qu'il n'est pas lui-même annulé par la réduction; en effet ce legs « équivaut au payement; » or, si l'insolvable avait donné valablement un à-compte, le créancier devrait essuyer sans aucun doute une perte de 75 p. 100 dans le surplus. « Je ne vois, » ajoute l'ancien doyen de la faculté de Paris, « aucune réponse, même spécieuse, à faire à ces raison- « nements, et je penserais, d'après cela, que la succession ne « doit figurer dans... les répartitions que pour » l'excédant de la créance sur le legs.

Delvincourt fait l'application de sa doctrine à une espèce que j'éviterai de reproduire pour ne pas fatiguer l'attention des lecteurs; mais il admet d'abord, sans le plus léger doute, que

tiers ont 32,000 francs et chaque légataire 8,000; — dans le deuxième, les héritiers ont 34,285 fr. 72 c. et chaque légataire 5,714 fr. 28 c.

Solution algébrique, pour une réserve de *moitié*. Soit l le rapport entre la somme des autres legs et le legs de libération convenablement réduit x; cette somme sera représentée (après la réduction) par lx; le disponible sera $x+lx$; la réserve pareillement; le total du disponible et de la réserve $2x+2lx$. Appelons d'autre part v la somme des valeurs effectives; la masse sera $v+x$; d'où l'équation $2x+2lx=v+x$. Retranchons x de part et d'autre; on aura $x+2lx=x(2l+1)=v$. Donc $x=\frac{v}{2l+1}$.

Solution purement algébrique, pour une réserve *quelconque*. Soit r le rapport entre la réserve et le disponible $x+lx$; la réserve sera $rx+lrx$; le total des deux $x+lx+rx+lrx=v+x$; ou $lx+rx+lrx=x(l+r+lr)=v$. Donc $x=\frac{v}{l+r+lr}$.

[1] *Cours de Code civil*, 5e édit. (3e pour les notes), 1824, tome II, p. 67, note 1.

Digitized by Google

la créance *entière* figure dans les biens existants, pour le calcul du disponible. Donc, s'il eût choisi la même espèce que MM. Troplong et Demolombe (celle que j'ai reproduite plus haut), il serait évidemment arrivé aux résultats suivants : la masse des biens existants est de 60,000 francs (40,000, plus la créance mauvaise de 20,000); la quotité disponible n'est que de 30,000 (le défunt laisse un enfant); or, la somme de deux legs de 20,000 francs est de 40,000 ; donc il faut réduire chaque legs d'un quart, c'est-à-dire à 15,000. La créance, éteinte du même coup pour une fraction égale, n'est plus que de 5,000 francs, somme pour laquelle l'héritier peut être colloqué dans la faillite, et qui rapporte un dividende de 25 p. 100, c'est-à-dire 1,250 francs.

Ainsi, dit en finissant Delvincourt, « la créance ne doit être « *portée dans la masse de la succession* du testateur, que pour « ce qui peut en être retiré, c'est-à-dire d'abord pour les trois « quarts qui sont censés payés par la compensation, et pour « le quart du surplus, c'est-à-dire en tout pour... (dans notre « espèce, 16,250 fr.). »

L'auteur ne termine pas ses calculs. En opérant d'après ses indications, on est bien obligé de remanier la masse et de la faire descendre à 56,250 francs (au lieu de 60,000), bien que les valeurs effectives soient grossies du dividende (1,250 fr. ; total 41,250 fr.). On remaniera de même la réserve, puis le legs de Secundus, et si l'on s'en tient là comme l'ont fait, dans leur hypothèse, MM. Troplong et Demolombe ; comme l'eût peut-être fait Delvincourt, on trouvera les chiffres que voici :

Légataire de la libération.	15,000 fr
Héritier à réserve de moitié.	28,125
Secundus (autres légataires).	13,125
Biens existants.	56,250

En procédant de la sorte, on fait participer Secundus seul entre les légataires au dividende retiré de la faillite; résultat vicieux, puisque toutes les valeurs qui accroissent le disponible, accroissent par cela même tous les legs. Mais on y est fatalement conduit, parce qu'une première décision, non moins arbitraire, a donné d'emblée à Primus le maximum de ce qu'il pouvait espérer; quand on ajoute ensuite le dividende aux biens réalisables, il n'est plus permis de rien octroyer à Pri-

Digitized by Google

mus, intégralement satisfait déjà comme légataire. On commet la même faute qu'Ulpien qui libère tout à fait l'insolvable dès le début sans s'inquiéter de la réduction que produira l'insuffisance des biens réellement existants et appelle ensuite exclusivement l'autre légataire à en profiter.

Pour rectifier les résultats auxquels conduit la doctrine des jurisconsultes anciens et modernes dans cette deuxième espèce, on a besoin d'un raisonnement arithmétique plus compliqué que tout à l'heure. La valeur inconnue est toujours celle à laquelle doit se réduire définitivement la créance contre l'insolvable; mais, pour découvrir sa relation avec les biens existants, il faut tenir compte du dividende dont ils se trouvent accrus.

Nous avons déjà constaté que la valeur inconnue est le quart de la masse totale, puisqu'elle forme la moitié de la quotité disponible et que celle-ci équivaut à la réserve. Nous savons encore que les biens effectifs forment le triple de la valeur inconnue, par cela même qu'ils constituent les *trois* quarts de la masse totale. Or, les biens effectifs (40,000 fr. dans l'espèce) comprennent en outre maintenant le dividende provenu de la faillite. Ce dividende est égal à 25 p. 100, c'est-à-dire *au quart de la créance* mauvaise (dans l'espèce 5,000 fr., quart de 20,000), *diminué du quart de la valeur inconnue*. Donc, si nous ajoutons aux autres valeurs réalisables le quart de la créance contre le débiteur légataire (ce qui fait dans l'espèce 45,000 fr.), nous aurons, outre le triple ou *douze* fois le quart de la valeur cherchée, un *quart* de cette même valeur, en tout *treize* fois ce quart. Divisons donc par 13 le total des biens effectifs, accru du quart de la créance (c'est-à-dire 45,000 fr.); quadruplons le résultat, et nous obtiendrons le nombre demandé [1]. Voici les chiffres :

Créance nominale contre le failli.	6,153, 85
Dividende de 25 p. 100.	1,538, 46
Biens réalisables.	41,538, 46
Legs de libération.	13,846, 15
Legs de Secundus.	13,846, 15
Héritier à réserve.	27,692, 32
Biens existants.	55,384, 62

[1] Solution algébrique. Soient x la valeur du legs de libération, convenablement réduit, $2x$ le disponible, $2x$ la réserve, $4x$ la masse des biens exis-

Digitized by Google

J'ai admis dans ces calculs la justesse de l'argument principal de Delvincourt et supposé que la succession doit être colloquée dans la faillite, non pour la valeur nominale de la créance entière, mais pour l'excédant seulement de la créance sur le legs de libération. J'avoue néanmoins que cette solution me paraît contestable, — quoi qu'en dise le subtil dialecticien que je viens de citer, — bien entendu dans l'hypothèse où la faillite (et le concordat, s'il y en a un) précèdent l'ouverture de la succession.

Ne peut-on pas dire, en effet, que, dès le concordat, ou même dès la déclaration de faillite suivie d'union, le testateur avait un droit acquis aux 25 p. 100 de la créance intégrale ? La remise qu'il fait en mourant n'a donc plus pour objet que la fraction dont la loi lui permet de disposer sans préjudice pour son héritier à réserve. Comment concevoir qu'en donnant la portion gratuitement disponible de sa créance, il arrive à en diminuer, d'une façon détournée, sans le savoir peut-être, la portion indisponible ? Il est vrai que les autres légataires participeront au dividende et profiteront ainsi de la réduction. Mais, quand la quotité disponible est dépassée, tout legs se trouve indirectement restreint par les autres legs valables ; c'est qu'ils doivent tous être acquittés en même temps ; le testateur, remarquons-le bien, est censé connaître les art. 926 et 927 ; il sait donc que ses legs vont se réduire les uns les autres, s'il n'y met obstacle par une volonté contraire. Les syndics ne sont point fondés à considérer comme un payement valable une remise gratuite, postérieure à la fixation du dividende et précisément égale à la portion de la créance qui demeure inefficace.

Si cette argumentation équitable devait prévaloir, les valeurs effectives se trouvant portées à 45,000 fr., rien n'empêcherait

tants. Le dividende sera $\frac{20,000-x}{4}$ ou $\frac{20,000}{4}-\frac{x}{4}$ ou $5,000-\frac{x}{4}$; la masse est donc encore $40,000+5,000-\frac{x}{4}+x$ (V. note 1, p. 216) $=45,000-\frac{x}{4}+x$. On a donc l'équation $4x=45,000-\frac{x}{4}+x$ ou $3x=45,000-\frac{x}{4}$. Ajoutant $\frac{x}{4}$ de part et d'autre, on aura $3x+\frac{x}{4}=\frac{13x}{4}=45,000$; d'où $13x=45,000\times4=180,000$. Donc $x=\frac{180,000}{13}=13,846,153$.

Digitized by Google

d'attribuer là-dessus 30,000 fr. à l'héritier et 15,000 à Secundus. Les 15,000 fr. encore dus par l'insolvable seraient compensés en vertu de la remise testamentaire, de sorte qu'il pourrait obtenir sa réhabilitation, sans les payer réellement.

Quand la faillite est déclarée après le décès, comme les risques sont dès lors à la charge de l'héritier (Instit., § 2, *De lege Falcidia*), il me semble difficile de le soustraire aux conséquences de la doctrine rigoureuse professée par Delvincourt.

FÉLIX BERRIAT-SAINT-PRIX.

EXAMEN CRITIQUE DE L'ARTICLE 142 DU CODE DE PROCÉDURE CIVILE,

Par M. Eugène BIMBENET,
ancien greffier en chef de la Cour impériale d'Orléans.

Aux termes de l'article 142 de ce Code, la rédaction des jugements et arrêts est faite sur les qualités signifiées d'avoué à avoué.

La première conséquence de cette disposition est que : la rédaction de cet acte appartienne aux mandataires légaux des parties; la seconde : qu'il fasse corps avec les jugements et arrêts.

On pourrait conclure d'un tel état de choses, qu'il a pour effet nécessaire d'imposer à la partie qui a obtenu gain de cause, ou à son avoué, rédacteur des qualités, l'obligation de les déposer au greffe; c'est-à-dire dans le seul dépôt que la loi

[1] Un magistrat éminent, M. Lavielle, dans un ouvrage intitulé *Étude sur la procédure civile*, a pris, dès l'année 1862, l'initiative de proposer la *révision du Code de* 1806, et il a touché la question que nous examinons aujourd'hui, en présentant le *système de Genève* qui consiste à opérer le dépôt des qualités débattues et arrêtées entre les parties avant le jugement; mais s'il a, ainsi, donné un puissant appui à la thèse soutenue ici, il ne l'a cependant pas discutée, et aucun des savants commentateurs de ce Code ne l'a même abordée; elle est restée entière, et nous n'avons pas à redouter, en la traitant, de reprendre une discussion que des écrivains, devant l'autorité desquels notre devoir eût été de nous effacer, auraient épuisée. (V. aussi sur ce système de Genève : Toullier, p. 211, et Carré sur l'article 142, édition de 1829.)

Digitized by Google

ait institué pour recevoir les décisions judiciaires, les conserver et en délivrer des copies authentiques.

Il paraît, cependant, que cette proposition en apparence si raisonnable et si logique n'est pas celle qu'on doive adopter.

Les qualités, dit-on, ne constituent qu'un simple acte de procédure, leur dépôt au greffe n'est obligatoire que lorsqu'on veut lever les jugements; non-seulement les parties au procès peuvent les conserver par devers elles, mais encore les avoués ont le droit de les joindre aux pièces composant leurs dossiers, et peuvent même se dispenser de les dresser si, après la décision, les parties viennent à transiger sur ses dispositions, ou si celle qui a succombé y acquiesce formellement.

On se fonde, pour soutenir ces diverses propositions, sur le texte de l'article 142 : la rédaction (des jugements) sera faite sur les qualités « signifiées entre les parties : *en conséquence « celui qui voudra lever un jugement* sera tenu de signifier à « l'avoué de son adversaire les qualités contenant les noms, « professions et domiciles des parties, leurs conclusions et le « point de fait et de droit. »

La négation de l'obligation et de la nécessité du dépôt au greffe des qualités résulte-t-elle de ce texte aussi incontestablement qu'on l'affirme?

§ 1er.

L'origine des qualités ne remonte pas dans l'histoire de la procédure au delà du règlement fait pour le salaire du greffier du bailliage et siége présidial d'Orléans (4 juin 1615) [1], et même, pour être plus rigoureusement exact, au delà de l'ordonnance de 1667.

Alors presque toutes les sentences définitives rendues par les bailliages et les arrêts définitifs rendus par le Parlement étaient précédés de sentences et arrêts d'appointement :

Appointement de conclusions, appointement au conseil, à ouïr droit, en droit, à mettre, à bailler faits et informer, à fournir debats et comptes.

[1] Cet acte législatif, qui semble se restreindre à la seule juridiction du bailliage présidial d'Orléans, a paru tellement important et d'un intérêt tellement général qu'il a passé dans la grande collection de Néron, où il se trouve vol. p. 548 de l'édition de 1720.

Digitized by Google

Toutes ces sentences n'avaient qu'un caractère préparatoire ou interlocutoire, et avant que les parties les missent à exécution, il fallait que les greffiers leur en délivrassent des extraits [1].

Ces extraits devaient contenir les qualités *ès quelles les parties procédaient*, d'après celles que les procureurs avaient remises au greffe.

Ici l'on ne voit point encore se manifester pour ces qualités, non encore formulées en un acte de procédure, le ministère du procureur; tout se fait par le ministère du greffier; celui-ci était tenu d'observer diverses formes déterminées par le règlement : les extraits avaient lieu, soit *sans y rien insérer du plaidoyer des parties, leurs advocats ou procureurs*, soit *en y insérant sommairement la contestation des parties*, soit en y ajoutant : le *narré succinct et sommaire des faits et l'ordonnance du juge;* et le salaire de l'officier public était proportionné à l'étendue de son travail [2].

On voit ici l'acte appelé *qualités* à l'état d'embryon.

Il dut à l'ordonnance un peu du développement qu'il prit dans la suite, quoiqu'elle ne lui ait donné qu'une seule place dans ses dispositions et qu'elle ne le mentionne qu'au titre *des fins de non-procéder* et à l'article de *l'expédient;* c'est-à-dire au moment où elle règle cette procédure consistant à remettre la décision du procès à *un avocat ancien choisi par les advocats et procureurs des parties;* l'ordonnance s'exprime en ces termes : « Les qualités seront signifiées avant d'aller à « l'expédient, et les prononciations rédigées et signées aussitôt « qu'elles auront été arrêtées [3]. »

C'est ainsi qu'après avoir vu apparaître le mot *qualités*, sans qu'on puisse le séparer, matériellement, de l'acte judiciaire dont la rédaction est réservée au greffe, nous le voyons se dégager de l'acte judiciaire, devenir un acte distinct, soumis à une contradiction par la nécessité de sa signification impli-

[1] L'ordonnance de 1667 a consacré cette procédure de nombreux appointements, et ce qui se dit ici doit s'entendre de ce qui s'est passé depuis sa mise en pratique jusqu'à la loi des 24-26 août 1790.

[2] V. les articles, 2, 3, 4 et 5 du règlement de 1615.

[3] Titre 6, art. 6 de l'ordonnance.

Le mot *prononciation* qui ne s'employait qu'au grand criminel, semble déjà, par un usage que la loi consacre, s'appliquer aux décisions en matière civile; ici il exprime la sentence arbitrale que doit rendre l'avocat choisi.

Digitized by Google

quant l'idée que sa rédaction passe des mains du greffier à celles du procureur.

Et en même temps on voit que cet acte appliqué à la procédure de l'expédient et, alors même qu'il est rendu contradictoire par la signification, reste dans les termes les plus restreints, si on les compare à ceux dans lesquels il est conçu aujourd'hui; et que dans ce cas, comme dans celui des sentences d'appointement, il ne s'incorpore aux décisions judiciaires que pour fixer les qualités dans lesquelles les parties agissent au procès.

Mais ce que l'ordonnance n'avait que commencé, *l'usage du palais*, qui avait un empire presque égal à celui de la loi, l'acheva; il étendit la pratique des *qualités signifiées* même aux sentences d'appointements, et surtout aux sentences *rendues à l'audience.*

Les procureurs ne demandaient pas mieux que de multiplier les actes de procédure; ils semblent s'être emparés de celui appelé *qualités*, et même en avoir quelque peu abusé; les commentateurs entraînés par la puissance du fait accompli, et en l'acceptant, nous donnent le secret de cet empiétement :

« On signifie des qualités, dit Ferrières, pour les appointe-
« ments; le procureur de celui qui veut avancer les fait signi-
« fier à la partie adverse, afin qu'elle ait à y former opposition
« si bon lui semble. »

Voilà donc la signification qui, bornée à la procédure de *l'expédient*, se développe et s'étend; l'opposition la suit; on va plus loin encore.

« Quand l'affaire était *jugée à l'audience*[1], la partie qui
« voulait faire expédier et lever le jugement faisait signifier
« les qualités, les donnait au greffier qui mettait le prononcé
« de la sentence au bas, et qui, sur le tout, expédiait le juge-
« ment. »

Tout cela se bornait, encore, au préparatoire, à l'interlocutoire, aux menus procès.

[1] Toutes les autres affaires étaient mises en délibéré et se jugeaient sur rapport et en la chambre du conseil; on abusait alors tellement de la procédure en instruction par écrit, qu'il n'y avait presque plus que les affaires plaidées par les procureurs, et dans les bailliages par leurs clercs, et en matière sommaire quelquefois par les parties elles-mêmes, c'est-à-dire les affaires les plus minimes qui fussent *jugées à l'audience.*

Digitized by Google

Mais, dans des affaires soumises à l'instruction par écrit, la rédaction de la sentence définitive appartenait au greffier, seul; après avoir « mis les *qualités des parties*, il mettait le *vu* « (ou l'énumération des principales pièces du procès) et enfin « le *dictum* du jugement que lui transmettait le rapporteur; » et par conséquent dans ces procédures on ne signifiait pas les qualités[1].

Ce qui vient d'être dit se conçoit très-bien lorsqu'on sait que ce mot n'exprimait que les qualités dans lesquelles les parties procédaient; que rien n'était plus spécial et plus relatif que cet acte qui méritait, à peine, ce nom, et qui restait absolument étranger à l'exposé du point de fait et à la position du point de droit, l'un réservé au greffier, l'autre, tout au plus, au juge qui n'avait pas même à déduire les motifs de sa décision.

Aussi comme on avait grand'peur de s'engager en s'attribuant ou en reconnaissant, par cet acte signifié, une qualité compromettante, on avait le soin de le terminer par ces mots : *sans que les présentes qualités puissent nuire aux droits des parties;* mots que nous retrouvons dans l'acte dressé et signifié aujourd'hui, mais qui ne sont plus qu'un vain hommage rendu à la tradition et à la formule, les qualités formant le contrat judiciaire des parties, et ne permettant plus qu'on puisse dé-

[1] Ce passage emprunté à la *Nouvelle introduction à la pratique* est en contradiction avec ce qu'enseigne M. Carré; sous l'ordonnance de 1667, dit ce savant professeur, les jugements étaient rédigés par le greffier, si ce « n'est que dans les matières appointées il devait se conformer à ce qu'on « appelait le *dictum* du juge qui contenait la *qualité* (expression qu'on ne « rencontre que dans ce traité), le *vu*, c'est-à-dire l'énumération des actes « produits de part et d'autre. »

Comment admettre que le juge ait été chargé de toutes ces écritures? D'ailleurs M. Carré semble ignorer que ces sentences en instruction par écrit, qu'il a le tort de confondre avec les autres appointements, étaient appelés *dictum*, parce que, à la différence de toutes les autres, elles commençaient toujours par ces mots : *dictum sit*, d'où il suit qu'ils se référaient moins à ce qui les suivait immédiatement qu'à la décision remise par le rapporteur au greffier.

M. Carré cite, à ce sujet, Jousse dans son commentaire du titre 25, art. 5 et 11, art. 15 de l'ordonnance; mais ce jurisconsulte ne parle pas du *vu* dont la rédaction serait réservée au juge; il suppose, il est vrai, ce qui pouvait arriver, que le *vu* peut être rédigé par le magistrat, mais il dit, en même temps, que le greffier *dressait la minute du jugement sur le* dictum; d'où il suit que Jousse et Ferrières sont parfaitement d'accord.

Digitized by Google

cliner, par une réserve de style, les conséquences de ce qu'elles énoncent.

§ 2.

Si de cet examen et de cette démonstration du *genre* de l'acte de procédure appelé *qualités*, sous l'ordonnance, nous passons à l'examen et à la démonstration du *genre* de cet acte, sous le Code de 1806, nous voyons qu'ils sont absolument étrangers l'un à l'autre.

On a signalé, au début de cette discussion, les deux conséquences principales de l'article 142, qui sont, la première, de confier aux parties, en théorie, et dans la réalité pratique, à leurs avoués, la rédaction de cet acte important; la seconde, de le confondre avec la décision judiciaire à ce point qu'elles ne forment plus qu'un seul et même acte.

Il n'y a donc plus rien de commun entre les qualités du règlement de 1615, de l'ordonnance de 1667 et celles du Code de 1806.

Les choses en sont à ce point qu'on ne peut s'expliquer la qualification donnée aux nouvelles qualités que par l'erreur attribuée au législateur moderne et qu'il semble bien, en effet, avoir commise; et il est facile de concevoir que celui qui a pu dire que l'avoué ne les signifierait et ne les déposerait qu'autant qu'il faudrait lever le jugement auquel elles se réfèrent, ait pu leur donner le nom sous lequel elles sont désignées aujourd'hui.

En s'exprimant ainsi, le législateur a obéi à ses études de la procédure telle qu'elle était tenue sous l'ordonnance [1].

[1] Cependant on cite un règlement du Châtelet de Paris de l'année 1693, démontrant que les procureurs signifiaient alors des qualités énonciatives des demandes et requêtes produites dans l'instruction du procès; on cite encore un tarif des procureurs protestant devant cette juridiction du 6 mai 1690, dans lequel on rencontre un article concernant les *qualités des sentences d'audience*, et enfin la loi de 1790, donnant le modèle de l'article 142; d'où l'on conclut que ce n'est pas dans les souvenirs de l'ordonnance que cet article a pris naissance, et qu'il a été inspiré par un ordre de choses, dès ce temps, à peu près semblable à ce qui se passe depuis 1806.

Mais ces documents ne s'opposent pas à ce que nous disons et ne justifient pas les propositions contraires; nous admettons l'influence des usages du palais, à ce point qu'ils ont eu plus de puissance que la loi elle-même.

De ces trois documents il n'y a de sérieux que le règlement du Châtelet

Digitized by Google

Mais il ne s'agit plus seulement, aujourd'hui, de fixer les qualités *ez quelles procedent les parties*, qualités qui peuvent être modifiées et rectifiées au moyen des réserves dont leur énonciation était toujours terminée, il s'agit de considérer ces qualités comme définitivement acquises aux parties, de dresser procès-verbal des faits qui ont donné lieu au procès, de la procédure suivie et des conclusions prises pendant son cours; bien plus, il s'agit de poser les questions que le juge a résolues.

Ce nouvel aspect sous lequel se présente l'acte si improprement appelé *qualités*, a frappé de très-bons esprits; beaucoup ont été et beaucoup sont encore qui regardent comme exorbitant que cet acte soit abandonné à la rédaction des avoués.

Ces plaintes, toutefois, ne semblent pas fondées; une longue expérience a démontré que les inconvénients de cette disposition de la loi disparaissent devant ses avantages.

Aussi, sans plus s'arrêter à ce sujet de controverse, doit-on se borner à rechercher quelle doit être la conséquence nécessaire du nouvel état de choses.

Cette conséquence est indubitablement le dépôt, au greffe du siége judiciaire qui a rendu le jugement, de l'acte qui s'incorpore à lui [1].

de Paris; mais il rentre tellement dans *les usages du Palais*, qu'on ne peut le considérer que comme consacrant autre chose, si ce n'est l'un de ceux adoptés devant ce Châtelet, tandis que rien de semblable n'avait lieu devant toute autre juridiction.

Le tarif des procureurs ne s'applique qu'aux sentences *rendues à l'audience* dont nous avons reconnu la pratique à titre d'*usage*.

Et pour ce qui est de la loi de 1790, son autorité n'avait pas empêché que les qualités signifiées depuis sa mise en vigueur ne contenaient ni le fait ni le point de droit, ainsi qu'il est prescrit par l'article 142 du nouveau Code.

D'où il suit que nous pouvons persister dans ces deux propositions : les qualités telles qu'elles sont prescrites aujourd'hui n'ont rien de commun avec celles dressées et signifiées sous l'ordonnance; et le dépôt des qualités restreint au cas seulement de la levée du jugement, est un souvenir de ce qui se passait et devait se passer sous l'empire de cette ordonnance.

[1] Comme les qualités ne peuvent être expédiées qu'autant que leur rédaction est devenue définitive, ce qui a lieu par l'approbation tacite ou par le maintien de cette rédaction ou une rectification ordonnée par le président de la chambre qui a rendu le jugement, il va sans dire qu'elles ne pourront être déposées qu'autant qu'elles auront été signifiées, approuvées, maintenues ou rectifiées, et après que la mainlevée de l'opposition, s'il y en a eu de formée aura été donnée.

Digitized by Google

Elle paraît rigoureuse à ce point que malgré la faute commise dans la rédaction de l'article 142, on pourrait soutenir qu'elle n'a pas besoin d'y entrer, qu'elle résulte de la nature des choses : cette loi supérieure à toutes les lois ; et que, malgré les expressions restreignant la signification des qualités au seul cas de la levée du jugement, cette signification et le dépôt au greffe doivent toujours avoir lieu.

Si le législateur de 1806, portant ses regards au delà de l'ordonnance, des usages du palais et des opinions de commentateurs alors plus vulgarisateurs que critiques, avait considéré son propre ouvrage, il aurait vu que, par le fait d'avoir saisi la justice d'une demande conforme à la loi et consacrée comme telle, et par la mission qui lui était confiée de rédiger les qualités de la décision rendue, le justiciable était, dans une assez grande mesure, associé à l'œuvre du juge; que, par là, il lui imposait tacitement l'engagement de ne rien omettre et, surtout, de ne rien faire qui pût enlever à cette décision le caractère de permanence et d'irrévocabilité qui lui appartient et qui est de son essence;

Que cet engagement était, à plus forte raison, imposé à celui qui avait obtenu gain de cause, envers ceux, connus ou inconnus, qui devaient succéder à ses droits.

Et enfin que plus il donnait d'importance aux qualités, et d'affinité avec la décision judiciaire, plus il les unissait entre eux, plus il les mélangeait, plus aussi il était indispensable que l'acte coexistât avec la décision et reposât, à côté d'elle, dans le dépôt institué par la loi, et sans lequel elle est comme si elle n'était pas.

En insistant sur ce caractère de permanence et d'irrévocabilité des jugements et arrêts définitifs et inattaquables, on est frappé de la nécessité de le leur conserver, par respect pour la magistrature et surtout pour les droits qu'ils consacrent.

Ils le perdraient certainement si, par une négligence calculée ou par un intérêt professionnel, les parties ou leurs représentants pouvaient le tronquer en les séparant de l'acte qui est, de par la loi, une condition nécessaire de leur mise à exécution, et, souvent aussi, une condition de leur intelligence.

Et comme il n'est donné à personne de prévoir quel sera, dans l'avenir, le sort de droits reconnus par les arrêts de la justice, quand même il y aurait, au moment où ils sont ren-

Digitized by Google

dus, un intérêt à ce qu'ils ne fussent pas levés et exécutés, on doit accomplir toutes les formalités que la loi indique pour leur perfection, afin qu'aux époques les plus lointaines et dans les circonstances les plus imprévues, ils puissent être représentés et délivrés à ceux qui ont un droit à exercer ou même à conserver, en vertu de leurs prescriptions.

Pour obtenir ce résultat important, il n'est qu'une mesure, celle d'imposer à la partie qui doit rédiger le procès-verbal de la procédure, l'obligation de la déposer au greffe.

Cette mesure est facile et sans aucun inconvénient; l'omission de la loi, si l'on peut la lui reprocher, en offre, au contraire, de très-graves et irrémédiables.

Lorsqu'il faut recourir à des jugements et arrêts, de dates anciennes, restés sans avoir été levés, et dont les qualités n'ont pas été déposées, on se trouve dans l'impossibilité d'en délivrer une expédition régulière parce que les avoués qui ont occupé dans les instances ont cessé de postuler, et parce que les pièces de la procédure ont été remises aux parties intéressées au procès; et alors on est obligé de se livrer à une procédure spéciale.

Il faut constituer un avoué, signifier cette constitution à domicile de partie, formalité coûteuse et souvent difficile à accomplir, les parties au procès étant le plus souvent représentées par un plus ou moins grand nombre de personnes, éloignées les unes des autres et quelquefois inconnues.

Cet avoué constitué, chargé de rédiger les *qualités*, étranger à la procédure suivie antérieurement, ne peut agir que sur des documents incomplets, et par conséquent ne peut produire qu'une rédaction inexacte.

Cette rédaction signifiée à domicile de partie ne peut être utilement contrôlée.

C'est cependant sur cet acte et après l'accomplissement de ces formalités coûteuses et peu sûres, que l'expédition ou même la grosse est délivrée.

On se demande comment on pourrait hésiter à ordonner une mesure aussi logique, aussi conforme à la nature des choses, aussi simple que celle que nous indiquons plutôt que d'exposer ces décisions à rester incomplètes, souvent peu intelligibles, sans le secours de l'exposé de faits et le rapprochement de leur texte avec celui des conclusions signifiées, et

Digitized by Google

réduites, en quelque sorte à n'être plus qu'une lettre morte, et les justiciables aux embarras et aux dépenses qui viennent d'être signalées.

Mais un intérêt s'élève contre ces raisons déterminantes.

Quelques avoués, prévoyant le cas où une décision judiciaire doit être ultérieurement levée et celui où des contestations viendraient à naître par suite de l'absence de sa mise à exécution, prétendent user du silence qu'ils attribuent aux dispositions de l'article 142, et user de ces dispositions elles-mêmes pour conserver les qualités qu'ils disent appartenir à leurs clients, afin de les contraindre à revenir auprès d'eux.

S'il en était ainsi il faudrait dire que cet acte appartient beaucoup plus aux officiers ministériels qu'aux justiciables.

Mais indépendamment de cette considération, cette prétention ne peut résister à deux objections :

La première est que les pièces de la procédure doivent être remises au plaideur quand il a payé les frais, d'où il suit que quand même les qualités seraient *pièces de la procédure*, l'avoué qui voudrait en rester dépositaire ne le pourrait pas.

La seconde se rencontre dans la prétention elle-même ; elle ne va pas si loin que les avoués se croient en droit, après la délivrance de la grosse ou de l'expédition de retirer du greffe ces qualités sur lesquelles cette expédition ou cette grosse a été délivrée, ils accordent que, dans ce cas, cet acte devient minute du greffe. Mais ils ne s'aperçoivent pas que si elles ne leur appartiennent pas après, elles ne peuvent leur appartenir avant; car si elles leur appartiennent avant, elles doivent leur appartenir après.

Cette modification du droit de propriété et de rétention démontre avec évidence le caractère de l'acte dont il s'agit, et combien il importe de mettre fin à un doute aussi peu conforme à la raison.

Et comme on ne peut distraire de leur dépôt légal les pièces qui ont un caractère public, il faut dire que, de même que les actes appartenant au notariat doivent rester dans les études des notaires, les actes administratifs dans les archives départementales et communales, de même ceux qui appartiennent à l'administration de la justice doivent rester dans les greffes.

Après cette discussion il ne nous reste plus qu'à faire des vœux pour que le législateur, au moment où il jette un regard

Digitized by Google

sur la loi de la procédure civile et tente de la mettre en harmonie avec l'état actuel de la société, prenne en considération le sens donné à l'article 142 de cette loi, qu'il l'interprète s'il n'a besoin que d'être interprété, qu'il le complète au contraire, s'il contient une lacune, par une disposition claire et impérative; et qu'ainsi à propos d'une question de détail, en apparence, mais, en réalité, d'un ordre assez élevé, il conserve à l'œuvre la plus solennelle et la plus importante de la magistrature la permanence et l'irrévocabilité qui lui est propre, et sauvegarde la dignité de l'ordre judiciaire et les intérêts consacrés par ses décisions. EUGÈNE BIMBENET.

DE LA PROSTITUTION ET DE L'ARTICLE 334 DU CODE PÉNAL,

Par M. Frank GOÜIN, président du tribunal civil de Brest.

§ 1.

L'article 334 est ainsi conçu : *Quiconque aura attenté aux mœurs, en excitant, favorisant et facilitant habituellement la débauche ou la corruption de la jeunesse de l'un ou l'autre sexe au-dessous de vingt et un ans, sera condamné,* etc., etc.

1° Cet article doit-il atteindre les particuliers qui logent les filles mineures *inscrites* et *cartées* dont la police tolère l'industrie?

2° La *licence* de la police n'autorise-t-elle pas virtuellement les maîtres des *lupanars* et les particuliers à recevoir ces mineures?

3° De la poursuite des parquets contre les maîtres et particuliers ne résulte-t-il pas que les filles mineures, se voyant repoussées des maisons publiques et privées, se cachent et exercent clandestinement leur triste métier, en compromettant la santé de ceux qui tombent dans leurs lacs?

4° Et cette poursuite encore n'engendre-t-elle pas des conflits entre l'administration municipale et les magistrats judiciaires?

Le 17 novembre 1826, un arrêt de cassation appliqua

Digitized by Google

l'article 334 à un particulier qui avait recueilli une mineure *inscrite*. Cette décision s'appuyait sur une sorte de diffuge. Elle excipait de ce que *la loi ne distingue pas*, comme si l'inscription municipale n'était pas une mesure précautionnelle rentrant dans les termes des lois de 1790 et 1791. Pendant longtemps cette jurisprudence sommeilla. Aujourd'hui elle tend à se répandre, et c'est pour cela qu'il importe de rechercher, dans l'histoire : 1° si l'ancienne monarchie permettait à la justice d'entraver l'action vigilante de la police, et 2° si jamais elle protégea les mœurs, au détriment de l'hygiène publique.

Une telle étude touche aux bas-fonds des turpitudes sociales, mais n'est-elle pas justifiée par le vieil axiome : *Nihil humanum alienum puto?*

§ 2.

La prostitution remonte aux premières agglomérations humaines. La Genèse nous apprend qu'on rencontrait, le soir, dans les recoins sombres des cités, des jeunes femmes parées qui disaient au passant :

« Suis-moi; j'ai suspendu mon lit, je l'ai couvert d'une « courte-pointe en broderie d'Égypte, je l'ai parfumé de myrte, « d'aloës et de cinnamome; viens et enivrons-nous de délices « jusqu'au jour. » (Proverbes, cap. 7.)

Les lois de Moïse assimilaient ce péché à un crime, à l'idolâtrie, à l'homicide, au vol.

Chez les païens, dans l'imagination desquels les déréglements des dieux de l'Olympe encourageaient la concupiscence, le libertinage et l'adultère (*ad altereus torum*), la pudeur était sans frein.

A Sparte, s'il y avait des filles publiques, les archontes ne les voyaient pas. A Athènes aussi, la prostitution était libre; mais *Solon* déclara les prostituées infâmes. Il condamna à la privation des droits civiques ceux qui hanteraient leur repaire et punit même de mort le proxénète. Ces lois étaient des énormités, et quand Solon obtint son congé de dix années, elles ne s'exécutaient plus. Nous connaissons les splendeurs des *Laïs* et des *Aspasies*, et nous savons que les mœurs se font bien plus par la famille et l'éducation que par les lois.

Digitized by Google

A Rome, on commença par enlever les Sabines, puis on institua les vestales, en défendant aux femmes l'impureté et l'incontinence, les vêtements indécents et le vin. Le désespoir de Lucrèce fut un signe des premiers temps. Mais, après les guerres de Grèce et d'Asie, avec l'opulence se développèrent le luxe, le loisir blasé et la corruption. Alors parurent les courtisanes, la prostitution eut ses autels et le *lupanar* son enseigne. Seulement les femmes qui choisissaient cette industrie devaient, comme de nos jours, en avertir les officiers de police, et en cas de contravention s'exposaient à l'amende et même au bannissement.

Malheureusement cette mesure devait engendrer moins de bien que d'ignominies, car on découvrit, aux livres de la police, les noms des familles les plus distinguées de Rome. Or, comme le nombre des *lupanars* progressait chaque jour, il fallut enjoindre aux filles pécheresses de se vêtir de la toge des hommes et permettre aux citoyens de les injurier sans avoir à craindre l'action en justice.

La loi, en outre, nota d'infamie les cabaretiers et aubergistes qui se prostituaient à leurs hôtes, — les riches qui se livraient à la débauche, — les maîtres qui abusaient de leurs esclaves, — les baigneurs qui mêlaient les sexes, et frappa d'une sorte de mort civile les femmes publiques, *lena*, et les proxénètes, *lenones*.

Que pouvaient ces règles contre une infirmité inhérente à la nature humaine et que favorisaient les satiétés et les opulences oisives des sénateurs, des proconsuls, des vieux soldats et des affranchis? Elles restèrent inappliquées, et la prostitution, jusqu'à *Alexandre Sévère*, fut si ouvertement tolérée qu'on vendait au marché des filles pour les *lupanars*, et que l'État percevait une taxe sur les transactions de cette nature.

Ainsi, tout ce que Rome put faire, ce fut de consacrer, en principe, que les femmes publiques étaient en dehors du droit commun et sous la main des municipalités. N'est-ce pas ce principe qui surnage dans les États modernes?

§ 3.

Le paganisme mort, le mal ne cessa pas. En 305, le concile d'*Elvire* tonna contre cette plaie fatale et défendit même aux

Digitized by Google

dames d'avoir *de grands laquais et des serviteurs bien faits*, ce qui est un autre signe de la moralité des temps. Néanmoins, *Constantin* maintint les *lupanars, ad vitandam matronarum sollicitationes, stupra et adulteria.* A la vérité, ce prince s'attacha à punir les parents, amis, conseils et nourrices des jeunes filles prostituées, car il les condamna à recevoir du plomb fondu dans la bouche et il gratifia les dénonciateurs.

En 343, la vente des chrétiennes pour les *lupanars* continuant, l'empereur *Constance* permit le rachat de ces infortunées.

En 428, par un édit, les proxénètes qui devaient être décapités et ne l'étaient jamais, furent condamnés aux mines et à la confiscation de leurs biens. A cette époque, la prostitution s'affichait sans distinction de sexe, et les provinces les plus lointaines étaient sillonnées par des commerçants *lenones* qui enlaçaient les jeunes femmes et s'en approvisionnaient pour les débauches de la capitale.

La cour bysantine, qui avait déjà son harem, s'accommodait de ce commerce infâme; mais *Justinien*, par la loi *De lenonibus*, le proscrivit, sous peine de bannissement d'abord et du dernier supplice. Sous ce prince, les maisons publiques étaient aussi nombreuses à Constantinople qu'à Rome; seulement, si la prostitution était libre, les citoyens ne pouvaient sciemment louer leur maison aux courtisanes, et il était loisible au père de famille de faire expulser celles qui se logeaient dans son voisinage. Quant aux anciennes règles de *Constantin*, de *Théodose* et de *Justinien* lui-même, qui prononçaient le fouet et le bannissement contre les prostituées, elles subsistaient pour le petit peuple ou peut-être pour l'histoire, et s'exécutaient mal, tant la tolérance des officiers de police était au niveau du libertinage de tous.

Dans les Gaules romaines, ces lois dormirent d'un sommeil égal, d'abord parce qu'on doit reconnaître qu'il est toujours difficile de déterminer la limite où commence la prostitution professionnelle, et, en second lieu, parce que ces lois extrêmes contrastaient avec les habitudes de ces populations impatientes et troublées, aussi bien qu'avec l'immoralité patente des cours princières et des princesses de l'époque. La France, avant Charlemagne, a vu de ces grandes dames-là.

Digitized by Google

Charlemagne, ce météore d'une heure, n'avait pas plus le loisir de se préoccuper de la prostitution que de l'iconoclastie : il possédait autant de femmes que de capitales, et le bon exemple ne partait pas de sa famille. Il y a pourtant de lui des Capitulaires qui édictent le fouet pour les *filles folles* et qui condamnent les logeurs des courtisanes à les porter sur les épaules jusqu'au marché, sauf, en cas de refus, à être fustigés avec elles.

Ces règlements, faits à l'encontre d'un vice qui avait son excitatif et son excuse dans la nature et dans les agglomérations naissantes, n'étaient-ils pas comminatoires? C'est probable, car *saint Louis* échoua lui-même dans les réformes qu'il tenta. Vainement, en 1254, il ordonna de chasser *les filles folles de leur corps*. On les dépouilla de leurs habits luxuriants, on confisqua leurs biens; on les flagella dans les carrefours; sans cesse elles se multipliaient, comme les cailloux de Deucalion. Toujours la fange montait à la surface.

Un jour que ce prince avait ouvert *l'hôtel de Soissons aux repenties*, plusieurs s'amendèrent pour être, un moment, bien logées, dorlotées et nourries. Mais la révolte contre les sens et la fainéantise ne dure qu'à l'aide des efforts d'une volonté persévérante, et la vie en commun ne saurait comporter cette tension de l'esprit. Il advint que, sous le voile de la pénitence, les recluses de ce cloître étrange continuèrent leur petit manége; qu'elles se vêtirent en filles honnêtes, et que des femmes de bien furent, par erreur, soumises à des sollicitations offensantes.

Des plaintes s'élevèrent. On remit à l'étude cette question surannée, puis on reconnut alors que la prostitution était une lèpre incurable, chronique, et que les saints pères de l'Église, *Lactance*, *Augustin* et *Thomas*, l'avaient, à l'exemple des peuples antiques, tolérée, *ne aliqua mala incurrantur*.

Il fallut donc entrer dans une voie nouvelle, et c'était d'autant plus facile que Rome lançait peu de foudres contre cette plaie sociale, depuis les impuretés monstrueuses des *Théodora* et des *Marosies*.

Une ordonnance de saint Louis, de 1254, décréta qu'à l'avenir les filles *pécheresses et communes* videraient les habitations privées et vivraient casernées dans des établissements auxquels fut donné le nom de *bordaux*, sans doute parce que les rives

Digitized by Google

de la Seine étaient leur terrain de choix, comme permettant, à toute heure, l'ablution de leurs souillures.

Mais la guerre caractérisait à un trop haut degré ce cycle tourmenté et fomentait trop de tumulte et de barbarie pour qu'il fût permis aux gouvernants de travailler avec suite à la correction des mœurs. A dater de ce jour, toutes les digues tombèrent, et la luxure vomit si publiquement sa bave immonde, qu'il fallut faire défense aux *baillis, maires, juges et officiers civils* de fréquenter les *bordaux*. Les gens de guerre restaient-ils en dehors de ces prescriptions? On doit le supposer. Quoi qu'il en soit, les règlements se multiplièrent sans résultat, car, à la fin du XIIIe siècle et pendant le XIVe, les filles *faisant péché de leur corps* portaient, sur leur chaperon, des broderies, des boutons d'argent, de l'or, des perles et même des manteaux fourrés de gris. On les rencontrait partout et notamment à la suite des bandes armées qui les entretenaient. Bien plus, il n'était pas rare de voir des industriels courir et fouiller Paris et les villes voisines, afin d'y recruter de jeunes sujets qui se vendaient pour les clapiers publics, comme les Géorgiennes pour les harems de Stamboul.

Après l'invasion des Turcs en Europe, vers 1360, il semble que la polygamie mahométane apparut, dans les groupes chrétiens, comme un exemple incitateur, car les courtisanes furent très-recherchées, richement logées, vêtues, et en grande vogue. Pour enrayer cette recrudescence, le bailli de Paris leur enjoignit, sous peine d'amende, de se retirer dans leurs *bordaux*, avec défense de se montrer ailleurs et d'affermer ou acheter des maisons en d'autres lieux. En cas de contravention, on devait confisquer les habitations et chasser les malheureuses qui, le plus souvent, traversaient la Seine et se cachaient. La même ordonnance punissait les entremetteurs et les entremetteuses du pilori. Ils y étaient tournés, légèrement brûlés, puis marqués d'un fer chaud et bannis.

Ces règles, si sages pour l'époque, ne furent pas plus observées que dans l'ancienne Rome césarienne. Par exemple, sous Charles V, lorsque la *rue Chapon* fut enclavée dans Paris, cette rue était le bouge favori des femmes pécheresses et il s'y tenait des assemblées tapageuses, où se venaient désopiler et gaudir les libertins de toutes les classes, comme dans ces *cours de miracle* que la police garde et ménage, à titre d'exutoire ou de

Digitized by Google

traquenard. Vainement, l'évêque de Châlons, ministre du roi, et d'autres notables, qui avaient leurs hôtels dans la rue, obtinrent de Charles V qu'on expulsât ces péronnelles incommodes. On dut tolérer ce scandale, en les laissant venir au bal *nuitamment;* puis, si elles y étaient trouvées après le couvre-feu (7 heures en hiver), elles se libéraient par une simple amende de 20 sols parisis, dont moitié aux sergents. C'était peu.

En 1381, comme en 1374, on leur assigna plusieurs rues et, en 1395, on leur interdit encore de se montrer après le couvre-feu. Mais ces prohibitions ne les empêchaient pas de hanter les lieux publics avec des *robes à collets renversés et à queue traînante,* ou avec des *couvre-chefs*, des *ceintures dorées,* des *ferrures d'or ou d'argent* et *autres ornements propres aux demoiselles d'honneur.*

Ce fut alors que le Parlement intervint. Par son arrêt du 26 juin 1420 qui punissait les filles folles du *fouet,* il fit règle en la matière. Il convient toutefois de remarquer qu'à cette époque l'évêque de Soissons était mort, et qu'une ordonnance de Charles VI avait rendu aux *bordaux* la rue *Chapon,* avec les rues *Tirou, Pavée* dénommée *d'Andouilles,* pour cause, et plusieurs autres aujourd'hui débaptisées. A la vérité, les cabarets et salles publiques de ces impasses avaient été fermés; mais les *femmes communes* couraient la capitale, et ce fut seulement en 1424 qu'on leur défendit de se tenir auprès des églises, où elles faisaient fortune.

§ 4.

Rien, dans nos recherches, n'accuse la ville de Paris d'avoir frappé les femmes publiques d'une contribution ou patente personnelle. On voit qu'au XVe siècle celles qui contrevenaient aux lois somptuaires avaient leurs turbulentes nippes saisies et vendues aux criées. Le registre de la chambre des comptes, pour 1428, mentionne ainsi la veuve *Michel,* la fille *de Neuville* et la femme *Fleury,* dont les chaperons de soie, les boucles à clous d'argent et toute la défroque furent adjugés moyennant 20 sols parisis. De 1440 à 1446, d'autres confiscations sont indiquées. Elles sont rares et bien chétives toutefois, tant il devait être difficile de s'assurer des sergents et

Digitized by Google

de bien préciser le point de départ de la prostitution.

Si nous admettons qu'il ne soit pas prouvé que la capitale ait profité du libertinage en imposant les *bordaux*, les grandes villes de province ne se faisaient point scrupule d'exiger des courtisanes une redevance annuelle qu'on affectait à des œuvres pies. *Toulouse*, entre autres, recourut à cette taxe, en 1539, lorsqu'elle exigea que les *filles de joie* portassent sur leurs habits une marque particulière[1].

La fameuse foire de *Beaucaire* n'avait produit, de la sorte, que 25 sols parisis, en 1530; ce qui impliquait beaucoup de mansuétude.

Les hôpitaux eux-mêmes faisaient figurer à leur recette ces singulières contributions, car des documents certains établissent qu'ils offraient un asile aux *bordaux*, comme à toutes les misères humaines.

Cela résulte du texte suivant que *Delamare* a conservé :

De emolumento duorum hospitiorum, in quibus fit lupanar, etc., etc., anno 1530.

Le même auteur cite avec gravité, en parlant de la ville de *Montluçon*, dans le Bourbonnais, une ordonnance qui est, sans contredit, le plus original et le plus curieux monument des conceptions municipales. Comme les matrones de Montluçon s'étaient vertement habituées à se prostituer et même à battre leurs maris mécontents, on résolut de les corriger par une humiliation publique : il intervint donc un règlement qui condamna les coupables à 4 deniers d'amende, ce qui ne prouve pas que dans l'opinion la faute fût lourde, ou bien à faire, sur le pont de la ville, *unum bombum, sive vulgariter un p...*

Était-ce une simple coutume? Nous devons d'autant plus le supposer qu'elle n'a été retrouvée que dans un aveu de seigneurie de 1498.

Quoi qu'il en soit, vers la moitié du XVIe siècle, les *bordaux* étaient devenus aussi rares à Paris que les *lupanars* clandestins étaient nombreux. Mais l'histoire allait enregistrer le règne bruyant de Charles-Quint, les royales fredaines de François Ier et des Henri de France, ainsi que ces dissolues et grandes guerres d'Italie, durant lesquelles les courtisanes se

[1] Il n'y a pas longtemps encore, dans plusieurs villes, Toulon entre autres, les filles payaient 3 francs par mois.

Digitized by Google

faufilaient, en jupons courts, dans l'avant-garde des armées, et les femmes dans la politique. La débauche, c'était comme un art, un engouement et une manie, un complément du luxe, une prérogative des grands, en un mot comme une liberté dans le plaisir qui rendait les gouvernants plus enclins à la tolérance et les gouvernés plus maniables. Déjà Venise régnait par la volupté, et c'était une vieille panacée que celle qui consiste à maintenir une nation en dehors des choses spéculatives, en donnant la guerre aux grands, les habitudes économiques aux moyens et le travail public aux petits. Avec la liberté du libertinage pour couronnement, l'édifice tenait debout, et l'on faisait bonne route.

Mais, comme la prise de Constantinople, les campagnes d'Italie réagirent à un haut degré sur les mœurs, et il arriva que les *états d'Orléans* s'offensèrent de ce désordre aux grands airs qui s'affichait à nu et s'infiltrait dans les veines sociales. Sans consulter le passé et imitant en cela les générations modernes, ces états ne se demandèrent pas si la prostitution était un mal utile. Ils la supprimèrent d'un vote et, avec elle, les *bordaux*, mauvais lieux, et les jeux de *dés*, de *quilles* et de *brelans* qui en étaient l'appendice.

La royauté déféra à ce vœu qu'elle consacra par l'édit de 1565.

Ce système nouveau ne fut que lettre morte. La loi passa au-dessus des têtes que les états voulaient atteindre, et si l'on ferma quelques *bordaux*, il en resta de clandestins qui continuèrent leur train et sur lesquels l'œil de la police ne s'appesantit pas. Aussi doit-on dire qu'après cette dernière ordonnance de 1565, la monarchie n'imagina, comme *impedimenta* à la débauche publique, que l'*hôpital général*, la *Salpêtrière* et la maison du *Bon-Pasteur* qu'une dame de *Combé* fonda de ses propres deniers.

Et que produisirent ces établissements à la fois préventifs et charitables? De la luxure cachée et hypocrite, car l'immoralité envahit les familles. Qui donc, alors que Paris se gloriflait de ces épicuriennes lascives et spirituelles dont les salons étaient adorables, eût osé faire enfermer à la Salpêtrière cette célèbre *Ninon* qui avait pour amants les *Condés*, les *Sévigné*, les *La Châtre*, et qui recevait *Fontenelle*, *Molière* et *Mme de Maintenon?* C'eût été heurter le bon genre et le goût. Quand,

Digitized by Google

sous la régence, on exposait le portrait de la duchesse de Berry portant cette épigramme : *stultus regens abbas ridet*, et plus bas, à l'adresse de *Riom : rideamus quoque*[1]; quand, sous Louis XV, la *Dubarry* avait pour servantes des duchesses, c'est qu'auprès du cynisme régnait, en haut comme en bas, la plus dissolvante liberté. Elles eussent eu beau jeu, en ce temps, les Laïs et les Aspasies!

En 1684 pourtant, sous *Mme de Maintenon*, la patronne des trois cents jeunes filles de Saint-Cyr, on osa ordonner que les *filles* trouvées avec des soldats *auraient le nez et les oreilles coupés*. L'édit était cruel et sentait la femme qui vieillit et qui conspire contre la beauté d'autrui. Une heure de dépit, sans doute, l'avait engendré, car il ne semble pas que le bourreau l'ait appliqué, tant il était peu politique d'enlever aux petits soupers de l'époque cette gaillardise frelatée des *Manons* dont l'abbé *Prévot* proclamait les charmes. Ce n'est certes pas pour cela que les dictionnaires de l'histoire placent la *Lescaut* tout près et avant *Louis*, roi; mais les hasards de l'alphabet rapprochent parfois les illustrations, et la luxure les distances.

Pendant le XVIIIe siècle, les règlements conservèrent le même caractère d'intimidation et d'innocuité, en raison des tendances des chefs de la police qui souvent appliquaient les courtisanes inscrites à l'espionnage et les ménageaient à cette fin. De ce temps datent ces nombreux arrêts qui punissent les particuliers chez lesquels des femmes publiques étaient sciemment logées. Seulement ces décisions ne contemplent ni l'inscription officielle ni l'état de minorité.

Après l'avénement de l'excellent et infortuné Louis XVI, il s'éleva, sous l'inspiration de ce prince, une brise salutaire qui devait emporter et balayer toutes les impuretés des mœurs. Un édit de 1776 ordonna donc d'expulser les filles publiques de la capitale. Mais deux ans plus tard elles étaient rentrées, et par une ordonnance de police de 1778, qui résume les règlements antérieurs, on les admettait à l'exercice de leur industrie, en prohibant *le raccrochage aux fenêtres et sur la rue, sous peine pour les délinquantes d'être rasées*.

Ce rasement de la tête, qui se masquait par la perruque,

[1] *Le fou régent à Berry. — Riom aussi.*

Digitized by Google

n'avait pas la cruauté du *fouet* de François Ier et encore moins celle de *l'oreille coupée* de Charles-Quint. Il indique, à trois siècles de distance, la différence des temps et des lois.

§ 5.

La Révolution trouva la prostitution libre et hors du droit commun. Elle coordonna le système et conserva les maisons de tolérance et *l'inscription*. Néanmoins, à cette époque de table rase où tout réclamait une réglementation légale, un tel état de choses ne tarda pas à éveiller l'attention et les scrupules de la Convention. Or, comme au point de vue encyclopédique, la prostitution était une ignominie incompatible avec le dogme de la dignité de l'homme, le 2 nivôse an II on proscrivit les femmes publiques, sous peine de bannissement. Mais à cette heure de préoccupations, de guerre, de complots et de trahison, le pouvoir changeait trop souvent de main et la police usait trop efficacement de l'ubiquité de ces filles pour réaliser cette menace d'expulsion. On temporisa, comme on attend, pour nettoyer un lieu, que la propriété soit assurée.

Vers l'an IV, des hommes nouveaux, étonnés de ce que la République négligeait les mœurs, demandèrent, dans leur ingénuité, une loi sur la prostitution. Le Conseil des Cinq-Cents fut même invité par le Directoire à mettre l'argument à l'étude, et des projets furent préparés. Mais que d'inextricables difficultés, lorsqu'il fallait légiférer sur une matière qui touchait à la famille et à l'indigence, au concubinage et à l'adultère, à la liberté du libertinage et de l'emploi de la grandeur ou de l'opulence. Les saturnales du Directoire s'opposaient peut-être à ce qu'on agitât tant de fange, car les projets ne virent pas le jour. Il fut reconnu que les lois municipales de 1790 et 1791 suffisaient, et le gouvernement s'en accommoda, en laissant encore les prostituées en dehors du droit commun.

On resta, de la sorte, dans la voie de l'arbitraire. On poursuivit vivement *les filles de joie* qui se glissaient dans les fourgons des armées et qui détournaient ou gâtaient les garnisons; puis quand la police eut, comme en 1791 et 1800, autorisé ses officiers à pénétrer, en tout temps, dans les maisons de tolérance, pour en surveiller le personnel, elle s'arrêta, peut-être, parce que la luxure, outre qu'elle n'était pas un délit, consti-

Digitized by Google

tuait un correctif de la misère et pouvait, tout en servant l'espionnage, assouplir les gouvernés. On temporisa donc encore.

Si nous exceptons les châtiments personnels qui peu à peu ont disparu, les gouvernements successifs ont adopté ces errements. Vous ne verrez donc les filles publiques contemplées dans aucune des codifications modernes. Partout elles sont hors du droit commun et sous la main de la police qui les soumet, avec plus de douceur que de violence, aux plus dégradantes humiliations, savoir : 1° à la déclaration d'inscription, 2° à la fixité de domicile, 3° à la visite corporelle, 4° à l'abstention des lieux publics, 5° à se cacher dans les théâtres, 6° à se vêtir modestement, et 7° à la prison, sans jugement, dans les hôpitaux et les dispensaires.

Ces pratiques sont arbitraires, quoique nul ne songe à en contester la convenance et la nécessité. La police allègue comme excuse la surveillance dont elle environne ces malheureuses et la tolérance qu'elle leur accorde; mais si beaucoup de légistes combattent cette raison, nous la trouvons relativement suffisante, malgré l'essaim de *filles folles* qui se cachent et se vendent dans certains quartiers, livrant ainsi nos populations à de regrettables dangers. Demi-contrôle vaut mieux que rien.

Il est, en effet, difficile de déterminer par une loi les limites dans lesquelles la prostitution doit se mouvoir, tant il y a parmi nous de séduisantes *manons* qui, par la vogue, la richesse mobilière et le loyer, échappent à l'action de la police. Les émérites *insoumises* seules sont opprimées et se débattent dans les serres des agents. S'il fallait, pour enrayer la débauche clandestine, violer le secret ou les turpitudes de la vie privée et mettre à nu nos ignominies, que deviendraient les familles? On s'abstient de ces rigueurs, et l'on a raison. Parfois, cependant, il se produit des actes exorbitants et fâcheux. Qu'un libertin, par exemple, se présente au théâtre, avec une fille publique au bras, et on la lui arrache. Dans les hôpitaux, on punit de plusieurs jours de prison dure celle qui ose revendiquer son droit à la liberté. Des tribunaux enfin, pour atteindre le libertinage dont le Code ne parle pas, lui appliquent la peine du vagabondage.

Au point de vue social, ces faits n'ont pas de gravité, tant

Digitized by Google

leur causalité est avouable; mais il en est différemment de la jurisprudence qui a inspiré cette étude.

Nous avons vu que l'ancienne législation policière condamnait les particuliers qui, sciemment sans doute, logeaient des courtisanes, et que les exemples de cette sévérité étaient rares. Aujourd'hui, lorsqu'une *fille mineure* est trouvée dans un *lupanar* officiel ou dans une maison privée, les maîtres de l'établissement et de la maison sont poursuivis pour excitation, art. 334. Or, si la fille mineure est *classée* et *cartée*, où est le délit du *lupanar*, et si la mineure est ou non inscrite, où est le délit du propriétaire, s'il ne profite pas de la prostitution?

Certes, la raison légale est contraire à cette jurisprudence, puisqu'elle conduirait le ministère public, lorsqu'il s'agit d'une femme *inscrite*, à dire au maire : *Vous avez favorisé la débauche d'une mineure en lui donnant une carte, et, aux termes de la loi, nous vous assignons.* Cela ne se fait pas, mais pourrait se faire, et la mesure serait inqualifiable, en ce qu'elle confondrait deux pouvoirs distincts, l'un préventif et l'autre répressif.

Et si l'inconvénient est sérieux, il en est un plus déplorable que la pratique met en relief. C'est qu'avec une telle jurisprudence la société et l'hygiène perdent toutes les garanties de sécurité, dès que les filles mineures, ne trouvant plus de gîte en ville, se répandent dans les campagnes et s'y livrent, par une pente d'incorrigibilité que nous créons, au dévergondage le plus effréné. Pour elles en effet, alors, plus d'amendement possible, et, pour la population, plus de surveillance. Le lien de la famille est à jamais brisé, l'agriculture compromise, l'hygiène en péril et la moralité des classes rurales laissée sans défense.

Sans doute on ne peut méconnaître qu'il importe de soumettre à une règle et à des limites les débordements de ces bacchantes mineures, que le luxe, l'exemple, les fabriques et le proxénétisme jettent chaque jour dans le gouffre de la promiscuité. D'heure en heure ces conditions augmentent, non que nous soyons plus vicieux que nos pères, mais parce que la population s'élève, et qu'avec l'accroissement des classes aisées concorde l'accroissement des classes pauvres.

Voyez si la loi n'est pas déjà sévère. Quand une courtisane

Digitized by Google

a vieilli dans le cynisme du métier, si elle est surprise sans domicile et sans ressources, elle est condamnée à la prison et à la surveillance. Dès lors, elle est perdue. Elle tombe à la charge de la charité ou plutôt à la charge de l'État, car la surveillance, c'est la marque au front, l'empreinte de l'infamie et de l'incorrigibilité. Il y a de ces infortunées créatures qui, sans avoir jamais volé la valeur d'un fétu, passent dans les geôles trente ans de leur existence et meurent à l'hôpital. N'est-ce pas assez de rigueur contre de faibles femmes auxquelles il n'a manqué que le hasard d'une œillade royale pour devenir une *Sorel*, une *Gabrielle* ou une duchesse *d'Étampes?* Dans un autre ordre d'idées, où en serions-nous si nous flétrissions ceux que la fortune industrielle laisse en route?

Aujourd'hui, cependant, on veut, en sévissant contre ceux qui abritent les plus jeunes de ces malheureuses, enlever à ces abandonnées le moyen de s'arracher de ce courant fétide.

Ces jeunes filles, en effet, ne sont pas moins à plaindre que les matrones du vice. On le sait, dans les grands centres, les femmes, quoique plus libres et moins besoigneuses que les hommes, ont plus de peine à vivre que ces derniers. Dans l'échelle de la misère, les femmes indigentes sont même aux hommes comme 50 est à 80. Eh bien! lorsqu'une famille est trop pleine et gênée, elle vend ses filles qui d'abord lui apportent quelque bien-être. Mais sur mille combien arrivent à l'auréole d'une *duchesse de Portsmouth* ou d'une *Navarette?* Bien peu. Les autres, la jeunesse envolée, sont appréhendées par la police, et la justice, à la première faute, les marque du sceau de la surveillance, pour avoir déserté le toit paternel, où régnaient, soit une mère avide, soit un père ivrogne, soit enfin une marâtre injuste. A dater de ce moment, que deviennent-elles? Repoussées de toutes parts, sans issue accessible à la réhabilitation, il ne leur reste que la clandestinité, la nuit, les campagnes, les garnisons, le vol, ou enfin leur *maison de santé*, la prison. Tout cela est triste, inexorable, fatal, et nous n'y pouvons rien, si ce n'est en réalisant de concert ce double et lent progrès des idées économiques et de l'éducation populaire.

En Angleterre, la prostitution n'étant pas non plus un délit direct, a ses coudées franches. C'est au citoyen qu'il appartient, par son travail et sa dignité, de se préserver de cette

Digitized by Google

souillure, comme il se garde de la gourmandise ou de l'alcool. A *Londres*, à *Gravesend* aussi bien qu'à *Brikenhead*, vous rencontrez dans le *strand* des femmes sémillantes et belles qui croisent, font l'œil et se louent. Toutefois, comme en dehors de leur métier elles ont souvent une profession régulière, la police qui les utilise, tolère leurs manœuvres, de sorte que le chemin du repentir n'est jamais, pour elles, barré par une flétrissure indélébile.

En France, au contraire, cette faculté d'amendement est entravée par l'abus de la règle et le zèle excessif de ses agents.

L'application de l'article 334 du Code pénal est certainement un de ces abus. Voilà pourquoi nous combattons une jurisprudence qui nous semble funeste aux populations, en ce qu'elle pousse à l'incorrigibilité les filles mineures sans appui et en ce qu'elle compromet l'hygiène publique, sans corriger les mœurs.

Nous concluons donc en disant :

1° Que le fait de recevoir dans un *lupanar* une courtisane mineure et *cartée* échappe à la répression de la loi, parce qu'on ne peut faciliter et encourager un vice notoire, préexistant et toléré.

2° Que le fait de loger une mineure *inscrite* ou *non inscrite* ne saurait être délictueux qu'autant que le logeur profite de l'ignominie de la mineure.

3° Enfin, que la police, pour mieux surveiller les filles mineures, doit les maintenir dans les maisons publiques.

FRANK GOÜIN.

DISTINCTION DES SERVITUDES PRÉDIALES EN DROIT ROMAIN,

Par M. E. MACHELARD, professeur à la Faculté de droit de Paris.

1. L'influence des traditions, la tyrannie des précédents s'imposent quelquefois d'une manière inévitable, et perpétuent leur empire à travers les âges, sans que l'esprit de réflexion parvienne à réagir contre la force d'un usage invétéré, et à se

Digitized by Google

débarrasser d'idées surannées qui depuis des siècles ont été dépouillées de leur utilité. Cette observation trouve, à notre gré, une application frappante, à l'occasion de l'antique division des servitudes en *urbaines* et *rurales*, division à laquelle une place a encore été réservée dans notre législation, art. 687 C. Nap. Tous les auteurs modernes répètent à l'envi qu'aujourd'hui cette distinction est absolument dépourvue d'intérêt. La plupart ajoutent que la véritable portée de cette classification empruntée au droit romain a été mal saisie par les rédacteurs du Code civil, qui semblent n'avoir eu d'autre but que de donner leur avis sur une question longtemps agitée entre les Docteurs. Cette controverse avait sa raison d'être, quand on était sous l'empire des lois romaines qui avaient consacré cette division des servitudes, en y rattachant différentes conséquences. Il fallait bien alors prendre parti sur les caractères constitutifs des servitudes urbaines ou rurales, puisque les règles à appliquer variaient suivant que la servitude appartenait à l'une ou à l'autre des deux catégories. Mais notre législateur ayant avec raison condamné à rester stérile cette malencontreuse distinction, sur laquelle on n'était jamais parvenu à s'entendre, il eût dû s'abstenir de déterminer le sens d'expressions dont il n'y avait plus à s'embarrasser. Il ne se serait pas exposé de la sorte au reproche qu'on lui adresse assez généralement d'avoir accordé son suffrage à une opinion erronée; tout au moins aurait-il évité de surcharger les textes de nos lois d'un article fort inutile [1].

2. Il peut paraître assez oiseux de revenir sur un débat qui a perdu heureusement tout intérêt d'application, de telle sorte que pratiquement il importe peu de savoir si les rédacteurs du Code ont bien ou mal interprété la doctrine romaine. La chose est indifférente, en effet, quand il est cas de discerner parmi les règles diverses gouvernant les servitudes celles qui devront être suivies, et l'erreur commise par le législateur, si elle existe, ne risque de compromettre aucun droit. En entre-

[1] La seule utilité que nous connaissions à l'article 687 est de permettre de tendre un piége aux étudiants. Combien de fois n'avons-nous pas entendu poser cette question : « Quel est dans le droit actuel l'intérêt de la distinction des servitudes en urbaines et rurales? » Trop souvent hélas cette question a été un moyen de se convaincre que le candidat avait négligé d'aller écouter les explications de ses professeurs.

Digitized by Google

prenant ce travail, nous n'avons pas la prétention d'aider à la solution de quelque question qui pourrait s'élever devant les tribunaux. Il s'agit d'une étude rétrospective et historique, mais qui en même temps appartient à la philosophie du droit. Si l'on aime à se rendre compte de la puissance dont jouissent certaines idées, qui dans l'origine appropriées aux besoins de leur temps, survivent ensuite à leur cause, et réussissent à se maintenir par la force mystérieuse de la tradition, on trouvera, si nous ne nous abusons, un exemple de ce phénomène dans le respect dont a été entourée pendant tant de siècles la division des servitudes en urbaines et rurales.

3. Cette division, en harmonie avec l'état de la propriété foncière et son régime économique, au premier âge de Rome, antérieurement à la loi des Douze Tables, avait perdu, suivant nous, à peu près toute son importance à l'époque classique. Logiquement elle aurait dû être sacrifiée, parce qu'elle n'était pas d'accord avec les règles nouvelles qu'avait fait surgir l'élaboration scientifique de la matière. Nous estimons cependant qu'elle ne fut pas abandonnée. Il y avait là une distinction qui se recommandait par son ancienneté, par sa simplicité, et qui s'adaptait assez heureusement, quoique non d'une manière complète, avec la distinction qu'aurait exigée une saine théorie. Cela suffit pour sauver des locutions auxquelles on était depuis longtemps habitué. La division primitive resta la base de l'exposition des servitudes dans les œuvres des grands jurisconsultes. Les compilateurs de Justinien, en transmettant cette division aux jurisconsultes du monde moderne, les ont condamnés à d'interminables discussions pour essayer de maintenir à tout prix comme étant fondé sur la raison le classement des servitudes en urbaines et rurales. Il a fallu pour cela violenter le sens naturel des mots; et l'on est arrivé à transformer une division extrêmement claire en une division assez peu intelligible. S'ils sont d'accord d'ailleurs pour blâmer l'explication tirée de la qualité du fonds dominant, les auteurs ne s'entendent plus très-bien quand il s'agit d'arrêter la vraie formule qu'il faut adopter, de déterminer le *criterium* à l'aide duquel on pourra toujours reconnaître si une servitude est urbaine ou rurale. Nous aurons à constater que, quel que soit le système auquel on s'arrête parmi ceux qui ont été proposés, il est impuissant à produire ce résultat, nécessaire, dit-on,

Digitized by Google

pour sauver l'honneur des jurisconsultes romains, savoir qu'une servitude quelconque doit toujours constituer exclusivement soit une servitude urbaine, soit une servitude rurale; et des textes positifs nous autoriseront à conclure que ces jurisconsultes entendaient les choses avec moins de subtilité que ne leur en ont supposé les commentateurs.

4. Les servitudes prédiales, on le sait, sont des droits ayant pour objet d'assurer à un immeuble un certain avantage, que le maître de cet immeuble obtient en empiétant sur la propriété d'un immeuble appartenant à un autre maître. Dans ce but, le maître du fonds dit dominant pourra tantôt faire tel ou tel acte sur le fonds qualifié servant (y passer, y prendre de l'eau, etc.), tantôt empêcher le maître du fonds servant d'exercer la plénitude de son droit de propriété, qui se trouvera restreint de façon qu'il ne lui soit plus permis d'en disposer à son gré, de toute manière, de bâtir, de planter par exemple. D'une part, les besoins de l'agriculture justifient ces modifications à la propriété, qui faciliteront l'exploitation du fonds dominant, et en augmenteront les revenus. D'autre part, la pensée de rendre plus commode, plus agréable l'habitation d'une maison autorisent encore l'établissement de servitudes. Ces deux applications ne parurent pas aux premiers Romains devoir être traitées également et avec la même faveur. Chez un peuple adonné aux travaux agricoles, on dut attacher une haute importance aux servitudes qui avaient pour but de rendre les fonds de terre plus productifs. Aussi plaça-t-on les *jura prædiorum rusticorum* parmi les choses *mancipi*, regardées, nous dit Gaïus, I, 192, comme étant les plus précieuses (*pretiosioribus rebus*). Quant à l'intérêt que pouvait présenter l'amélioration de la jouissance des bâtiments, il ne fut pas pris en même considération, et les *jura prædiorum urbanorum* restèrent relégués dans la foule des *res nec mancipi*. D'ailleurs, dans les premiers temps, les servitudes établies à ce point de vue devaient être assez rares, puisqu'il était d'usage d'isoler chaque habitation, d'où le nom d'*insulæ* appliqué aux maisons.

5. Telle est l'origine véritable de cette division des servitudes, qui a pris naissance antérieurement à la loi Décemvirale, celle-ci n'ayant fait que confirmer la classification des objets du patrimoine en *res mancipi* ou *nec mancipi* qu'elle avait

Digitized by Google

trouvée en vigueur. L'intérêt de l'agriculture est-il en jeu, ou ne s'agit-il que de la commodité des habitations, voilà l'idée qui servit de base à la distinction, et les dénominations adoptées pour désigner chaque espèce de servitudes (*jura prædiorum rusticorum*, *jura prædiorum urbanorum*) correspondent exactement à cette base. Aussi les jurisconsultes romains prenaient-ils le soin de préciser la signification qu'il fallait donner en cette matière aux mots *prædium urbanum*; ils disaient que tout bâtiment, quelle que fût d'ailleurs sa situation, qu'il se trouvât à la ville ou à la campagne, devait être qualifié *prædium urbanum*. « *Ædificia urbana quidem prædia appellamus : cæterum, et si in villa ædificia sint, æque servitutes urbanorum prædiorum constitui possunt*, » c'est ainsi que s'exprime Ulpien, L. 1, *pr.*, D., *Comm. præd.* Les rédacteurs des Institutes ont reproduit la même définition, liv. II, tit. III, § 1, « *Quoniam ædificia omnia urbana prædia appellamus, etsi in villa ædificata sint.* » Par là était *à contrario* nettement fixé le sens qu'on devait ici attacher aux mots *prædium rusticum*. Cette détermination était d'autant plus nécessaire qu'il y avait des circonstances[1] où les mêmes expressions étaient employées avec une autre portée. Il faut donc rejeter sans hésiter la restriction que certains auteurs ont proposé d'apporter à l'idée des *prædia urbana*, sous laquelle ne devraient pas rentrer les bâtiments servant uniquement à l'exploitation des biens ruraux. Cette opinion est formellement condamnée par Ulpien, L. 198, D., *De verb. sign.* : « *Quia urbanum prædium non locus facit, sed materia.* »

6. D'un autre côté, un doute sérieux n'est pas permis, bien que des dissidences se soient produites à cet égard entre les commentateurs, sur la question de savoir si c'est le fonds dominant ou le fonds servant qui doit être envisagé pour caractériser la servitude. L'habitude des Romains était de qualifier un servitude en se préoccupant du sujet au profit duquel le

[1] Ainsi, quand il s'agissait du gage tacite accordé au *locator* sur les meubles apportés dans un *prædium urbanum*, de même quand il y a avait lieu d'appliquer le sénatus-consulte interdisant aux tuteurs ou aux curateurs l'aliénation des *prædia rustica* ou *suburbana* appartenant à des pupilles ou à des mineurs de vingt-cinq ans, tandis que cette prohibition restait étrangère aux *prædia urbana*, le mot *prædium urbanum* était entendu autrement qu'en matière de servitudes.

Digitized by Google

droit existait. A leurs yeux, les servitudes prédiales étaient des qualités avantageuses pour un fonds, comme le prouve cette phrase si connue du jurisconsulte Celsus : « *Quid aliud « sunt jura prædiorum quam prædia qualiter se habentia, ut « bonitas, salubritas, amplitudo?* » De même qu'une servitude *personnelle* était ainsi appelée parce que le droit se trouvait attaché à une *personne*, de même une servitude prédiale était urbaine ou rurale, suivant que le fonds en faveur duquel elle était exercée constituait un *prædium urbanum* ou un *prædium rusticum*. Cette similitude de langage est mise pleinement en saillie dès le début du livre consacré dans les Pandectes à la matière des servitudes prédiales. « *Servitutes aut personarum « sunt, ut usus et ususfructus; aut rerum, ut servitutes rustico- « rum prædiorum, et urbanorum,* » L. 1, D., *De servit.* C'est la personne, sujet titulaire du droit, qui sert à dénommer la servitude comme personnelle; c'est le caractère de l'immeuble, sujet avantagé par le droit, qui doit servir à qualifier la servitude prédiale. Il faut voir à quelle espèce de fonds la servitude est due, si elle est *urbano prædio debita*, suivant les expressions d'Ulpien, L. 6, D., *De fund. dot.* Quand les rédacteurs des Institutes nous disent que les *servitutes prædiorum urbanorum* sont celles *quæ ædificiis inhærent*, il est clair qu'ils ont en vue l'héritage dominant, comme on dirait de l'usufruit que « *personæ usufructuarii inhæret.* » La terminologie ordinaire n'est pas celle-ci : *servitutes urbanæ* ou *rusticæ*, mais bien : *servitutes* ou *jura prædiorum urbanorum, prædiorum rusticorum.*

7. Cette explication si satisfaisante, si parfaitement conforme aux locutions usitées, s'impose à l'esprit avec une telle autorité que les meilleurs auteurs parmi ceux qui repoussent ce système sont obligés de reconnaître que tel a dû être primitivement le sens de la distinction. Cet aveu, déjà à peu près fait par M. de Vangerow [1], est consenti explicitement par Molitor [2], par M. Maynz [3], enfin par notre savant collègue, M. Demangeat, dans son *Traité de la condition du fonds dotal en droit romain* [4].

[1] *Lehrbuch der Pandekten*, § 339, p. 799 de la sixième édition.
[2] *La possession, la revendication*, etc., p. 335.
[3] *Éléments de droit romain*, t. I, § 218, p. 530.
[4] Sur la loi 6, *De fund. dot.*, p. 239.

Digitized by Google

A quelle époque se produisit la déviation de la signification originaire, on ne saurait le préciser; mais assurément, dit-on, elle était accomplie à l'époque classique. Seulement les anciennes expressions subsistèrent pour exprimer tout autre chose que ce qu'elles indiquent naturellement.

8. Les motifs donnés pour rendre compte de cette transformation ne sont en réalité qu'une critique de l'opportunité de la distinction. Sous ce rapport, nous nous associons jusqu'à un certain point aux objections dont a été l'objet une doctrine qui n'a été admise, prétend-on, que transitoirement, et dont les grands jurisconsultes romains auraient eu le tact de se débarrasser. La distinction était effectivement malheureuse, parce qu'elle est étrangère aux caractères essentiels qui différencient les servitudes. Sans doute si les avantages qu'un immeuble peut retirer d'un immeuble voisin étaient d'une autre espèce suivant la qualité (urbaine ou rustique) de l'héritage dominant, il aurait été fort raisonnable d'adopter définitivement le classement imaginé d'abord. Mais l'analyse de la matière démontre que les services à attendre d'un fonds pour l'utilité d'un autre fonds sont tels qu'il ne changent point quant à leur nature intime, d'après l'état du fonds dominant, qu'il soit bâti ou non bâti. Prenons deux servitudes que signalent particulièrement leur fréquence et leur importance. Il est très-avantageux pour le propriétaire d'un fonds rural de pouvoir y accéder en traversant le terrain d'autrui, ce qui est indispensable s'il y a enclave, ce qui procurera une économie de temps et de peine, si le trajet à faire par la voie publique était beaucoup plus long. Mais on conçoit que la même situation peut se présenter, bien qu'elle soit moins ordinaire, quand il s'agit d'accéder à un bâtiment. Les maisons d'habitation se construisent en général le long des rues ou chemins, tandis qu'une portion de terre cultivable se trouvera souvent, à la suite de partages, avoir besoin d'une communication avec la voie publique. En fait, un droit de passage sera habituellement constitué au profit d'un héritage rural; toutefois, accidentellement, il peut l'être en faveur de bâtiments, et les exemples en sont moins rares qu'on pourrait le supposer. — De même l'utilité d'une prise d'eau pratiquée sur le fonds voisin est facile à apprécier pour rendre plus fertile un héritage rural, notamment une prairie. On ne peut nier cependant que la

Digitized by Google

jouissance d'un élément aussi nécessaire que l'eau pour les besoins de la vie ne constitue une ressource très-désirable pour les habitants d'une maison. La servitude d'aqueduc se comprend donc tout aussi bien en faveur d'un bâtiment qu'en faveur d'un fonds de terre.

9. La même observation peut être étendue à des servitudes moins usuelles. La privation du soleil et de son action bienfaisante est sensible au point de vue de l'agrément d'une habitation; et afin d'éviter un pareil inconvénient, le propriétaire d'une maison s'arrangera avec son voisin pour grever l'héritage de ce dernier de la servitude de ne point bâtir, de ne point planter. Mais le propriétaire d'un jardin, d'une prairie, d'une vigne a aussi intérêt à ce que son terrain ne soit pas ombragé par l'effet de constructions ou plantations que ferait le propriétaire voisin, et la prohibition de bâtir ou planter trouvera également son utilité au profit de celui qui possède un héritage rural. — La faculté de prendre du bois dans une forêt voisine augmentera la valeur d'un fonds rural, par exemple d'un vignoble, en permettant de le garnir d'échalas (*pedamenta vineis*), qui aideront à l'abondance et à la maturation de la récolte; mais la même faculté sera pareillement d'un haut intérêt pour le propriétaire de bâtiments qui serait autorisé à couper chez son voisin le bois nécessaire à l'entretien de ses bâtiments.

10. On le voit donc, des services fonciers de même nature, dont l'exercice se traduit en faits analogues, sont possibles soit pour l'utilité de fonds de terre, soit pour l'utilité de bâtiments. C'est là ce qui condamnerait inexorablement la division des servitudes consistant à les qualifier différemment suivant que l'héritage dominant serait un *prædium rusticum* ou un *prædium urbanum*. Telle servitude étant donnée, elle permet au propriétaire du fonds dominant de faire toujours les mêmes actes, ou elle impose au propriétaire du fonds servant une abstention qui est toujours la même. Or il ne serait pas raisonnable d'admettre que cette servitude changeât de caractère au gré de la nature du fonds dominant. « C'est très-justement, « fait observer un auteur du plus grand poids, M. Demolombe[1], « que Vinnius, qui avait aperçu le vrai caractère de la distinc-

[1] *Traité des servitudes*, t. II, n° 705.

Digitized by Google

« tion, disait que la même servitude ne pouvait être tantôt « rurale, tantôt urbaine, suivant que le fonds sur lequel elle « s'exerçait était un sol ou un bâtiment : *Ratio non patitur « ut eadem specie servitus nunc rustica, nunc urbana dicatur.* »

11. Cette critique, nous l'avons déjà reconnu, n'est pas dénuée de fondement. Prenons garde toutefois qu'il est loin d'être indifférent, au point de vue de la charge résultant de la servitude, que celle-ci existe au profit d'un *prædium rusticum* ou d'un *prædium urbanum*. La chose sera, il est vrai, complétement sans intérêt, s'il s'agit d'une servitude dite *négative*. La prohibition de bâtir, de planter, en la supposant absolue, sera toujours *unum et idem*, qu'on ait voulu se ménager de l'air, de la lumière pour favoriser les produits d'un fonds de terre, ou pour assurer l'agrément d'une habitation. Il en sera tout autrement quant aux servitudes *positives*, qui autorisent à faire tel ou tel acte sur le fonds d'autrui. L'assujettissement pourra être bien plus lourd, si l'héritage dominant est un bâtiment que s'il était un fonds de terre. Ainsi la nécessité de livrer passage pour arriver à une prairie ou à un champ cultivable présentera moins d'inconvénients que le passage exercé pour le service d'une maison. Objectera-t-on que le fait de passer constitue toujours un acte uniforme? Cela n'est pas douteux, si l'on n'envisage que le fait en lui-même de passer, d'aller et venir. Mais, en matière de servitude, le fait de passer ne s'exerce pas à titre de promenade; il n'est dû que conformément aux besoins de l'héritage dominant. Si mon fonds est grevé d'un droit de passage pour l'exploitation d'une prairie, c'est une charge qui ne ressemble en rien, quant à l'incommodité qui en résulte, à celle qui pèserait sur le même fonds à raison d'un droit de passage appartenant à une maison d'habitation, dont l'accès doit être possible d'une façon permanente. S'agit-il du droit de prendre de l'eau chez le voisin, qui ne voit que ce droit différera sensiblement, quant à la quantité d'eau dont sera privé le maître du fonds servant, selon que cette quantité sera mesurée sur les besoins d'une famille habitant la maison dominante, ou sur les besoins du fonds qui devra être irrigué, de même qu'il différera quant au renouvellement des actes d'exercice, puisque les besoins des habitants d'une maison sont quotidiens, tandis que le fonds à arroser n'usera

Digitized by Google

de l'eau que pendant une saison de l'année? Dira-t-on également que la faculté de prendre du bois n'est pas fort variable, suivant qu'il sera question de fournir des échalas pour une vigne, ou les pièces de bois nécessaires pour la réparation de bâtiments?

12. Il est incontestable que la nature du fonds dominant, sur les besoins duquel doit être calculée l'étendue de la servitude, exerce sur celle-ci une influence considérable. Toutefois, quelque importante que soit cette circonstance, au point de vue de la gravité de la charge, il n'y a là qu'une question de *quantité*, qui ne va pas jusqu'à changer l'essence de la servitude en elle-même. Plus ou moins restreint, plus ou moins développé, un droit reste en définitive toujours le même; petit ou grand, il doit être gouverné par des règles identiques. La manière de l'acquérir, la manière de le perdre ne peut pas dépendre de son intensité. On ne conçoit pas rationnellement qu'un droit d'aqueduc, un droit de passage, un droit de couper du bois soit assujetti à des principes différents quant à ses modes de constitution ou d'extinction, suivant qu'il serait plus ou moins onéreux. Or, comme c'est précisément en ce qui concerne ces questions qu'il importe de distinguer si une servitude appartient à telle classe, et que la considération de la qualité du fonds dominant ne doit légitimement avoir aucune influence sur le point de savoir comment la servitude commencera ou cessera d'exister, nous ne disconvenons point que la division, qui tient compte de cette circonstance pour établir des règles différentes, a encouru une réprobation méritée; et nous comprenons les efforts qui ont été faits pour disculper les jurisconsultes romains d'avoir adopté une semblable doctrine. Diverses explications ont été tentées pour mettre la classification romaine en harmonie avec la saine théorie puisée dans les caractères essentiellement distinctifs des servitudes. Voyons si ces explications peuvent se concilier avec l'emploi subsistant des dénominations admises d'abord avec un tout autre sens, et si les décisions fournies par les textes se prêtent à l'interprétation que les auteurs modernes ont imaginée pour rendre compte des expressions consacrées en cette matière : *servitutes prædiorum urbanorum*, *servitutes prædiorum rusticorum*.

13. Ces expressions sont gênantes, il faut l'avouer; aussi

Digitized by Google

a-t-on essayé de s'en débarrasser, en disant que la distinction était mieux indiquée sous une autre formule dans un fragment de Paul, la loi 3, D., *De servit.*, ainsi conçue : « *Servitutes « prædiorum aliæ in solo, aliæ in superficie consistunt.* » Il y a synonymie, prétend-on, entre les servitudes rurales et celles *quæ in solo consistunt*, synonymie entre les servitudes urbaines et celles *quæ in superficie consistunt.* C'est de ce texte de Paul que se sont en général emparés les auteurs modernes pour donner une origine romaine à leur division fondée sur la nature même des servitudes, et qui comme telle devrait avoir été adoptée par les jurisconsultes romains. Notre judicieux collègue, M. Demangeat, suivant lequel [1] « ces jurisconsultes, qui dans l'élabo- « ration de leurs doctrines regardaient si hardiment au fond des « choses, auraient bien vite reconnu qu'en réalité la nature du « fonds dominant est souvent indifférente, » M. Demangeat reproche cependant à Paul de ne pas s'être exprimé en termes bien clairs [2]. Cette clarté désirable ne se trouve pas assurément dans le commentaire, malheureusement trop laconique, dû à la collaboration de MM. Ducaurroy, Bonnier et Roustain. Les trois auteurs se contentent de dire que, « d'après les principes du « droit romain, les servitudes étaient rurales ou urbaines, sui- « vant qu'elles étaient attachées au sol même ou seulement à « la superficie, en sorte que la servitude rurale avait une durée « indépendante des bâtiments avec lesquels périssait nécessai- « rement la servitude urbaine [3]. » Mais d'autres commentateurs ont pris le soin de développer le sens de ces mots : *consistere in solo, in superficie.*

14. Écoutons le savant auteur de l'*Explication historique des Institutes* [4] : « La solution la plus claire qu'on puisse désirer « de la question nous est fournie par le fragment de Paul... « C'est-à-dire qu'il est des servitudes qui prennent leur exis- « tence, leur élément essentiel et constitutif, leur consistance « pour employer l'expression romaine, dans l'idée de sol (*in « solo consistunt*), indépendamment de toute construction, « plantation, édification, ou superposition quelconque, choses « accessoires qui peuvent se rencontrer ou ne pas se rencon-

[1] *De la condition du fonds dotal en droit romain*, p. 239.
[2] *Cours élémentaire de droit romain*, t. I, p. 498.
[3] *Commentaire théorique et pratique*, etc., t. II, n° 342.
[4] Septième édition, t. II, n° 449.

Digitized by Google

« trer sur les fonds sans changer la nature de ces servitudes. « Telles sont celles de passage, de puisage, de pacage, etc. Il « en est d'autres, au contraire, qui prennent leur élément essen- « tiel et constitutif, leur consistance, dans l'idée de superficie, « c'est-à-dire d'une superposition quelconque au-dessus du sol; « idée indispensable pour qu'elles existent (*in superficie con- « sistunt*) : telles sont celles de jour, de vue, de gouttières, etc. « Les premières sont servitudes rurales, les secondes servitudes « urbaines. Notez que ces dernières peuvent exister sans même « qu'il y ait aucun bâtiment sur l'un ou l'autre fonds : par « exemple, dans la servitude au profit de mon champ que vous « ne bâtirez pas sur le vôtre, il n'y a d'édifice nulle part; mais « l'idée négative de bâtiment, de superficie, forme l'élément « constitutif, la consistance de la servitude. » L'interprétation donnée par Molitor[1] au texte de Paul concorde avec celle de M. Ortolan. « Le mot *consistere in aliqua re,* dit Molitor, veut « dire être fondé dans une chose, y avoir sa raison d'être. « D'après cela, la raison d'être de la servitude rurale est sim- « plement le sol; peu importe qu'il y ait sur ce sol des édifices « ou non, et pour voir si une servitude est rurale, il suffira « d'examiner si, considérée en soi, elle pourrait exister lors « même que sur aucun des deux fonds il ne se trouverait d'é- « difice... La servitude urbaine, au contraire, est celle qui a « sa raison d'être dans un état ou dans un mode de superficie « déterminé, sans qu'il importe d'ailleurs que le fonds domi- « nant ou le fonds grevé soit un édifice ou non; car si je sti- « pule, par exemple, que mon voisin ne fera rien qui puisse « m'ôter la vue de mon jardin, ou qu'il n'élèvera pas sa maison, « la servitude *ne prospectui officiatur* ou *ne altius tollatur* ne « sera pas moins une servitude urbaine, et cependant le fonds « dominant n'est pas un édifice, et il se pourrait même que le « fonds grevé n'en fût pas un. »

15. Je demande ce que devient avec cette théorie la classification romaine, et quel compte on tient de la terminologie qui lui était consacrée. D'après cette terminologie établie par les jurisconsultes classiques, notamment par Ulpien, et conservée par les rédacteurs des Institutes, il est indispensable qu'il y ait un *ædificium* pour comprendre une servitude, dont le caractère est celui-ci : *ædificiis inhærere.* On arrive cepen-

[1] *La possession, la revendication,* etc., p. 333, n° 31.

Digitized by Google

dant à se passer de constructions pour constituer une servitude urbaine. Bien qu'il n'y ait pas seulement pierre sur pierre soit dans le fonds dominant soit dans le fonds servant, il y aura néanmoins un *prædium urbanum*, c'est-à-dire un *ædificium*, l'interdiction de bâtir équivalant sans doute à un bâtiment. On ne nous dit pas lequel des deux héritages également vides de toute construction doit être considéré comme un *prædium urbanum*. J'imagine que ce rôle appartiendra à l'héritage servant; car, comme le dit un peu plus loin Molitor, « ce qui « caractérise les servitudes urbaines, c'est uniquement un état » de superficie déterminé, ne fût-ce que d'une manière néga- « tive. » Or, dans l'espèce c'est au fonds servant qu'un certain état est imposé relativement à la superficie, d'une manière négative, par suite de la prohibition de bâtir qui pèse sur lui. Le fonds dominant, auquel n'est imposé aucun état de superficie, et sur lequel, on le suppose, ne se trouve nulle construction, ce fonds-là est incontestablement un *prædium rusticum*. C'est le fonds voisin, condamné à rester à l'état d'*area*, qui se transforme en un *prædium urbanum*, ou en un *ædificium*, précisément parce qu'il ne peut pas acquérir cette qualité. Nous aboutissons ainsi justement à prendre le contre-pied de la doctrine romaine, suivant laquelle une servitude était urbaine, quand elle était due *prædio urbano* et non pas *a prædio urbano*. Que l'on approuve le point de vue auquel se place Paul, que l'on trouve opportune la division des servitudes consistant à distinguer si la superficie est ou non affectée, soit positivement, soit négativement, nous le voulons bien. Seulement que l'on renonce à prétendre que les servitudes *quæ in superficie consistunt* correspondent exactement aux *servitutes urbanorum prædiorum*. N'est-il pas clair, en effet, que la circonstance de constructions devient indifférente, quand on ne doit s'occuper que du mode imposé à la superficie d'un fonds? Le propriétaire du fonds A non bâti doit s'abstenir de planter dans l'intérêt du fonds B, qui est également vide de constructions. Il est possible assurément de dire que l'état de la superficie est affecté, qu'il y a une servitude *in superficie consistens;* mais ce qui est impossible, c'est de faire surgir en pareil cas un *prædium urbanum*, dans le sens que les Romains donnaient à cette expression, si l'on se rappelle leur définition : *ædificia omnia urbana prædia appellamus.*

Digitized by Google

16. D'autres auteurs, désespérant sans doute de faire agréer leur doctrine si l'on conservait les dénominations usitées chez les Romains, ont proposé de substituer à la division traditionnelle une division basée sur l'espèce de droit que peut conférer une servitude prédiale. Tantôt, disent-ils, la servitude autorise le propriétaire du fonds dominant à avoir d'une manière permanente tel ou tel ouvrage qui nuit au fonds servant (*servitus habendi*, par exemple *tigni immittendi*); tantôt la servitude permet d'empêcher le propriétaire voisin d'user de sa chose à son gré (*servitus prohibendi*, par exemple, *ne altius tollatur*) tantôt enfin la servitude donne au propriétaire du fonds dominant la faculté d'exercer des actes sur le fonds servant (*servitus faciendi*, par exemple *eundi agendi*). Les deux premières sortes de servitudes correspondraient aux servitudes urbaines, la dernière sorte aux servitudes rurales. Cette triple distinction, qui aurait été imaginée par Stever, est chaudement défendue par M. de Vangerow [1] contre les critiques dont elle a été l'objet; elle a eu l'honneur d'obtenir le suffrage de M. Demangeat [2], et M. Maynz [3], à son tour, la trouve fort satisfaisante.

17. Il ne s'agit pas, qu'on y prenne garde, d'apprécier si cette division est bonne en elle-même, si elle est justifiée par une analyse exacte des différents droits qui peuvent être contenus dans les servitudes prédiales, et qui devraient avoir des règles diverses suivant qu'ils rentreraient dans les deux premières classes ou dans la troisième. La véritable question est de savoir si cette division en trois branches, dont deux se réunissent, est identique avec celle des servitudes *prædiorum urbanorum* ou *rusticorum*. Au premier abord, l'affirmative est difficile à admettre, et l'on ne saurait disconvenir qu'elle ne saute pas aux yeux. Ce n'est que dans la suite de notre travail, en examinant les textes des jurisconsultes romains, que nous pourrons vérifier l'exactitude de cette assertion que nous croyons devoir contredire. Toujours est-il que l'esprit a peine à saisir cette prétendue identité; et l'on ne conçoit guère que les Romains, pour indiquer une servitude consistant *in faciendo*, eussent employé la qualification de *servitus prædii rustici*, qui

[1] *Lerbbuch der Pandekten*, 6e édition, t. I, § 339, n° II.
[2] *De la condition du fonds dotal.*, p. 240.
[3] *Éléments de droit romain*, t. II, § 218.

Digitized by Google

est loin de présenter ce sens, de même que, pour désigner une servitude consistant *in habendo* ou *in prohibendo*, ils se fussent servis de l'expression *servitus prædii urbani* qu'ils ont pris le soin de définir d'une tout autre manière.

18. Ces deux premiers systèmes ont également le tort de ne pas tenir compte de l'importance que doivent avoir les constructions, pour caractériser, si l'on ne veut pas s'écarter du langage des Romains, la distinction des servitudes en urbaines et rurales. Aussi la doctrine la plus courante n'ose-t-elle se détacher absolument de cette considération des constructions qui a évidemment inspiré la division romaine. Seulement toute servitude existant au profit d'un bâtiment ne serait point, dit-on, par cela même une servitude urbaine. Il faudrait de plus que l'*idée* de constructions fût nécessaire pour *concevoir* la servitude; par suite, un droit de passage qui conduirait à un bâtiment ne pourrait constituer qu'une servitude rurale, le passage se comprenant indépendamment de tout édifice. Tel est l'exemple le plus volontiers cité pour repousser l'appellation de servitude urbaine tirée exclusivement de la qualité du fonds dominant. D'un autre côté, il ne serait pas exigé, pour qu'il y eût servitude urbaine, que des constructions existassent pour le moment; il suffirait que la servitude éveillât l'idée de constructions. J'emprunte le résumé de la théorie ordinaire à une autorité fort compétente, à M. Demangeat, dont le *Cours élémentaire de droit romain* qu'il vient de publier a si vite conquis parmi les livres classiques la popularité que faisait présager le succès de l'enseignement oral de ce professeur. « Toute servitude, dit M. Demangeat[1], à laquelle vous ne « pouvez songer sans que l'idée de construction se présente « à votre esprit est une servitude urbaine, lors même qu'il « n'existe pour le moment aucune construction; au contraire, « est rustique la servitude que vous pouvez concevoir sans « qu'elle appelle nécessairement dans votre esprit l'idée de « construction. »

19. Nous avons nous-même longtemps professé cette doctrine, bien que nous ne l'ayions fait qu'à contre-cœur, en n'abandonnant qu'à regret le sens si naturel que présentent les expressions : *servitus prædii rustici*, *prædii urbani*, surtout

[1] *Cours élémentaire*, t. I, p. 499.

Digitized by Google

avec le commentaire que donnent les jurisconsultes romains quant à la portée du *prædium urbanum* en cette matière. Nous avons été d'ailleurs toujours fort embarrassé pour arrêter une formule précise à l'aide de laquelle on pût discerner une servitude rurale d'une servitude urbaine, dès qu'on ne veut pas prendre pour base la qualité du fonds dominant. Après avoir étudié de nouveau cette question et examiné attentivement les textes, nous sommes arrivé à nous convaincre que depuis l'origine jusqu'à Justinien a persisté l'idée primitive de la distinction reposant sur la nature de l'héritage dominant, et qu'ainsi les rédacteurs du Code ne méritent pas le reproche qui leur a été souvent adressé d'avoir mal saisi la classification adoptée par les Romains. Nous n'avons pas besoin de reproduire les réserves que nous avons faites sur l'opportunité de la division; et nous aurons à constater que le système que nous embrassons soulève des difficultés à raison de ce que parfois il serait désirable d'appliquer à une servitude urbaine telle règle qui semble propre aux servitudes rurales, ou *vice versa*. C'est sur ce point qu'apparaîtra le vice de cette division qui a été justement critiquée. Mais bien que le peuple romain soit en général notre maître en matière de législation civile, il est permis, sans altérer la gloire qu'il a conquise, de lui dénier une perfection qu'il n'a pas atteinte. La vérité historique est avant tout ce qu'il faut respecter; et, s'il est constant que les jurisconsultes romains ont mal analysé les servitudes prédiales quant aux règles différentes qui devaient gouverner les unes ou les autres, nous estimons qu'il vaut mieux reconnaître cette tache que s'évertuer à leur faire dire tout autre chose que ce qu'ils ont dit en réalité.

20. Abordons maintenant la démonstration de la thèse que nous nous proposons de défendre.

21. Nous commencerons par mettre à l'épreuve, en les appliquant à telle servitude, les différents systèmes proposés par les auteurs modernes, systèmes entre lesquels, avons-nous dit, il n'existe pas une concordance parfaite. Il est facile de constater ce défaut d'harmonie, à l'occasion d'une servitude prédiale signalée maintes fois dans les fragments des jurisconsultes, et qui par conséquent devait se présenter en pratique. Pomponius, dans un texte capital, bien souvent cité pour dé-

Digitized by Google

terminer les éléments constitutifs du droit de servitude, après avoir indiqué qu'il ne saurait y avoir une servitude valable là où l'abstention imposée au propriétaire d'un fonds ne profiterait ni à une personne ni à un héritage voisin, Pomponius ajoute qu'il en est autrement dans le cas où le propriétaire d'un terrain s'engagerait à ne pas faire de recherches chez lui pour découvrir l'eau qui pourrait s'y trouver cachée, et cela en vue de ne pas nuire à l'alimentation des sources dont jouit le propriétaire voisin; « *aliter atque si concedas mihi jus tibi* « *non esse in fundo tuo aquam quærere, minuendæ aquæ meæ* « *gratia*[1]. »

22. Si nous demandons à nos adversaires dans quelle catégorie doit être rangée une pareille servitude, nous avons peine à croire qu'ils parviennent à se mettre d'accord. La réponse nous semble, en effet, devoir varier, suivant qu'on appréciera la servitude d'après l'une ou l'autre des formules précédemment exposées. Appliquons d'abord ici le caractère de distinction fourni par le texte de Paul, par la loi 3, D., *De servit.* Il est clair que, dans l'espèce, la *superficies* n'est point affectée, qu'il n'y a pour aucun des deux fonds règlement d'un certain état de superficie. C'est bien le cas de dire, ou jamais, que la servitude prend sa consistance dans le sol, indépendamment de toute construction, plantation, édification ou superposition quelconque. Nous voici donc autorisé à qualifier cette servitude comme étant rurale. — Vous êtes dans l'erreur, nous diront cependant les auteurs, qui ont créé cette division étrangère aux usages romains, d'après laquelle on doit examiner si la servitude consiste *in faciendo* par opposition au cas où elle consisterait soit *in habendo,* soit *in prohibendo,* dernière hypothèse qui est la nôtre. Rappelons-nous que toute servitude, ayant pour objet d'interdire au propriétaire tel ou tel acte sur son fonds, toute servitude négative, en un mot, appartiendrait à la classe des servitudes urbaines. Il faudra donc, si l'on adopte cette théorie, refuser à notre servitude le caractère rural, et l'envisager comme une servitude urbaine. — Toutefois, si nous nous arrêtons à ce parti, nous serons blâmés par les

[1] L. 15, pr. D., *De servit.* De même, Ulpien, L. 1, § 28, D., *De aq. quot.*, déclare licite l'arrangement suivant : « *Si quis hoc cesserit, ne liceat* « *sibi aquam quærere, ea cessio valet.* »

Digitized by Google

partisans du système n° 3, qui veulent que l'on se préoccupe uniquement de cette question : la servitude peut-elle se concevoir sans que l'idée de construction se présente à l'esprit? Force est bien de reconnaître que la servitude dont il s'agit se comprend parfaitement sans éveiller le moins du monde l'idée de construction. — En dernière analyse, dans la doctrine qui critique l'interprétation admise par l'art. 687 du Code Napoléon, on est fort embarrassé pour classer cette servitude, qui se trouve ainsi ballottée d'une catégorie à l'autre, sans qu'on puisse savoir quel est en définitive le vrai caractère qui doit lui être attribué.

23. Objectera-t-on que, dans notre système, la nature de cette servitude ne peut pas être déterminée d'une manière fixe, puisqu'elle devrait se présenter tantôt comme rurale, tantôt comme urbaine, selon que l'eau dont la jouissance est assurée sans crainte de diminution servirait à fertiliser un fonds rural ou à satisfaire les besoins des habitants d'une maison? Nous admettons, en effet, que c'est la qualité du fonds dominant qui, dans les idées romaines, devait servir à dénommer la servitude. Il suit de là, il est vrai, que le même genre d'asservissement pouvait donner lieu soit à une servitude rurale, soit à une servitude urbaine. Mais cette conséquence n'a rien qui nous effraye, et nous aurons bientôt à constater que la possibilité de ce double caractère pour la même servitude ressort invinciblement de plusieurs textes des Pandectes.

24. Ici cependant se présente la difficulté que nous avons déjà signalée, consistant en ce qu'il impliquerait contradiction, étant donnée telle espèce de servitude, d'appliquer suivant les cas une règle différente, notamment en ce qui concerne l'extinction du droit. On sait que sur ce point les servitudes urbaines n'étaient pas traitées en principe comme les servitudes rurales, les premières exigeant l'*usucapio libertatis*, tandis que les dernières périssaient par le simple non-usage. Nous répondrons dès à présent, sauf à revenir plus tard sur l'ensemble de la question, qu'à nos yeux, l'*usucapio libertatis* étant nécessaire toutes les fois que la servitude suppose le règlement de tel état de fait qui doit subsister entre les deux fonds, nous n'hésitons pas à dire que si exceptionnellement un pareil rapport se rencontre à la suite de la constitution d'une servitude rurale, il faut appliquer alors la règle qui admet comme point de dé-

Digitized by Google

part de la libération *tempore* un acte contraire à la servitude de la part du propriétaire du fonds assujetti. En cela nous sommes d'accord, quant à l'appréciation de la servitude *aquam non quærere* au point de vue de l'extinction, avec ceux qui qualifient urbaine toute servitude consistant *in prohibendo*. Nous ne concevrions pas effectivement que l'on exigeât moins pour la perte d'une servitude portant interdiction de fouiller dans son fonds que si la servitude entraînait interdiction de bâtir ou de planter. Toute raison nous échappe pour établir une différence entre les deux cas.

25. Quant à ceux qui pensent que la servitude *aquam non quærere* doit toujours être rurale, soit parce qu'elle est *in solo consistens*, soit parce qu'elle n'emporte pas avec elle l'idée de constructions, appliqueront-ils ici la règle de l'extinction par le non-usage? Le propriétaire d'une maison où se trouve un puits craint que le propriétaire de la maison voisine, en creusant chez lui pour y découvrir une source, ne coupe en partie les veines qui alimentent le puits existant. En conséquence, il s'arrange avec son voisin, et obtient de lui qu'il s'abstiendra de fouiller dans son terrain de manière à y ouvrir un puits. La servitude étant rurale, faut-il admettre que si la maison dominante était restée, à l'époque classique, pendant deux ans sans être habitée, la servitude se trouverait éteinte *non utendo?* J'ignore si nos adversaires iront jusque-là. Peut-être essayeront-ils de dire que dans notre hypothèse il ne peut être question de non-usage, attendu que la possession de la servitude se continue *ipso facto*, tant que des fouilles ayant pour but de découvrir une source n'auront pas été pratiquées dans le fonds servant. Décider ainsi, ce serait en réalité exclure le *non usus*, et donner, quant au mode d'extinction, à une servitude rurale le caractère d'une servitude urbaine. On aurait, dès lors, mauvaise grâce à nous critiquer, si nous traitons quelquefois une servitude rurale d'après les principes des servitudes urbaines, puisqu'on userait du même procédé. Seulement, si nous agissons de la sorte, c'est parce que nous remontons au motif pour lequel est exigée l'*usucapio libertatis*, motif qui, existant habituellement pour les servitudes urbaines, est néanmoins susceptible de se rencontrer à l'égard de telle servitude rurale. Si l'on veut, au contraire, s'attacher absolument à cette idée que toute servitude, par cela seul qu'elle est rurale, sans dis-

Digitized by Google

tinguer en quoi elle consiste, doit nécessairement s'éteindre *non utendo per biennium*, nous croyons qu'il serait vrai de prétendre que deux années s'étant écoulées pendant lesquelles la maison dominante est restée inhabitée, il n'y a eu aucune utilité retirée du plus grand volume d'eau que procurait le défaut de fouilles de la part du voisin, ce qui devrait entraîner l'extinction de la servitude demeurée stérile durant le temps voulu.

26. Il est temps d'arriver aux textes qui nous paraissent établir que les Romains ne répugnaient pas à cette proposition, déclarée cependant tout à fait condamnable, savoir que la même espèce d'assujettissement pouvait jouer le rôle tantôt d'une servitude rurale, tantôt d'une servitude urbaine. Occupons-nous d'abord de la servitude de passage. Elle était du nombre de celles dont la possession était protégée par un interdit particulier, qui fait l'objet du titre 19, liv. XLIII, aux Pandectes. Or Ulpien, au § 1 de la loi 1, nous apprend que cet interdit s'appliquait uniquement aux servitudes rustiques. « *Hoc interdictum prohibitorium est, pertinens ad tuendas rusticas* TANTUMMODO *servitutes.* » Ne serait-il pas complétement oiseux, je le demande, de circonscrire la portée de cet interdit aux servitudes rurales exclusivement (*rusticas tantummodo*), s'il ne pouvait exister de servitudes de ce genre qui fussent urbaines? La restriction de l'interdit *de itinere* aux *servitutes rusticæ* entraîne forcément cette idée qu'il y en a qui sont *non rusticæ*, c'est-à-dire *urbanæ*. En effet, dans le système qui veut que le droit de passage, quel que soit le *prædium* dont il ménage l'accès, constitue toujours une servitude rurale, on ne s'explique pas qu'Ulpien prenne la peine de dire que l'interdit *de itinere* ne compète pas en dehors des *servitutes rusticæ* de passage, puisqu'il n'y en aurait pas d'autres; le *tantummodo* serait un non-sens. L'observation du jurisconsulte est, au contraire, très-utile, du moment où l'on admet la possibilité d'un *iter urbanum;* et c'était là assurément la pensée d'Ulpien. Nous verrons, en effet, tout à l'heure qu'à l'occasion d'un autre interdit relatif à la servitude d'aqueduc, le même jurisconsulte reconnaît formellement que cette servitude peut se présenter tout aussi bien comme *urbana* au profit d'un *prædium urbanum* que comme *rustica* au profit d'un *prædium rusticum*,

Digitized by Google

et que dans cette hypothèse il n'y a plus lieu à faire de distinction, l'interdit *de aqua quotidiana* recevant son application en faveur d'une servitude d'aqueduc urbaine de même qu'en faveur d'une servitude d'aqueduc rustique. Ce rapprochement nous fournit le sens du § 1, L. 1, *De itin.*; il faut dire de l'interdit *De aqua quot. : Pertinet ad tuendas sive rusticas, sive urbanas servitutes,* et non pas *ad rusticas tantummodo servitutes.*

27. La mention d'un *iter urbanum* se rencontre-t-elle quelque part dans les Pandectes? Je n'argumenterai pas, pour démontrer l'affirmative, de la loi 14, D., *Comm. præd.*, où il est dit que rien n'empêche de limiter aux heures de jour l'exercice d'un *iter,* ce qui est même une nécessité *circa prædia urbana.* Je crois bien que Julien, auteur de ce texte, avait en vue un *iter urbanum,* c'est-à-dire donnant accès à un bâtiment; car on ne comprendrait guère un passage à travers des bâtiments pour exploiter un champ. Toutefois ce fragment n'est pas concluant, parce qu'on peut dire que la nature du fonds servant, le seul qui soit ici qualifié, est indifférente même dans notre système, et qu'après tout Julien ne dit pas que l'*iter* dont il parle fût un *iter urbanum.* Mais le doute sur la question est-il possible en présence du passage suivant de Paul, formant le § 1 de la loi 20, D., *De servit. præd. urban. :* « *Si domus mea* « *altior tua area esset, tuque mihi per aream tuam in domum* « *meam ire agere cessisti, nec ex plano aditus ad domum meam* « *per aream tuam esset, vel gradus, vel clivos, propius januam* « *meam jure facere possum, dum ne quid ultra quam necesse est,* « *itineris causa demoliar.* » Ainsi ma maison ayant son rez-de-chaussée plus élevé que la cour de mon voisin, j'obtiens de celui-ci le droit de passer par sa cour pour arriver chez moi; comme l'accès de plain-pied n'est pas possible, je suis autorisé à pratiquer des degrés ou à établir une pente, pourvu que je n'occupe pas plus de terrain qu'il n'est nécessaire pour ménager une entrée à ma maison. Si l'on ne voit point dans ces circonstances une servitude urbaine, comment se fait-il que notre fragment ait été inséré sous la rubrique *De servit. præd. urb.*, où il figure au milieu de textes qui sont tous relatifs à des servitudes urbaines? Aussi le jurisconsulte suppose-t-il qu'il y a eu *in jure cessio* et non seulement une mancipation. N'y a-t-il pas d'ailleurs satisfaction à chacune des exigences

Digitized by Google

qui, d'après les différentes formules que nous connaissons, formeraient l'élément indispensable pour constituer les servitudes urbaines? Veut-on que le propre de celles-ci soit de consister *in superficie*, il est évident que dans notre cas la *superficies* de l'*area* où s'exerce le passage est disposée de manière à rendre ce passage praticable. — Doit-on considérer l'espèce de faculté que confère la servitude, nous dirons alors qu'il y a *servitus habendi*, ou *in habendo*, puisque le propriétaire du fonds dominant est autorisé à établir des degrés et à imposer de la sorte au fonds servant un ouvrage permanent. — S'arrêtera-t-on enfin à ce signe distinctif que des constructions sont nécessaires, il nous semble que cette condition est remplie; car il existe des degrés pour la solidité desquels il faudra recourir à l'emploi de la pierre. Quel que soit, par conséquent, le système que l'on adopte, on arrive toujours à reconnaître dans notre hypothèse un *iter urbanum*. Seulement, à nos yeux, la servitude a ce caractère pour un autre motif, à savoir parce que le fonds dominant est un *ædificium*, un *prædium urbanum*, ce qui nous permettrait de qualifier la servitude de la même façon, bien qu'il n'eût pas fallu donner un certain état à la superficie, ou établir une œuvre à demeure, ou faire quelque construction.

28. La possibilité du double caractère, soit rural, soit urbain, apparaît plus clairement pour une autre servitude fort importante, que les jurisconsultes ont l'habitude de joindre à l'*iter*, à l'*actus*, et à la *via*, quand ils énumèrent les principales servitudes rustiques : nous voulons parler de la servitude d'aqueduc. Que la servitude en question fût admise cependant par les Romains comme pouvant être urbaine, c'est ce qui est incontestable, d'après un texte bien connu d'Ulpien, la loi 11, § 1, D., *De Publ. act.*, où le jurisconsulte, énonçant l'application de l'action Publicienne aux servitudes urbaines, se borne à citer pour exemple la servitude d'aqueduc : « *Itemque servitutibus urbanorum prædiorum..... forte si per domum quis suam passus est aquæductum transduci.* » Comment concevoir qu'Ulpien ait pu faire entrer au nombre des urbaines cette servitude qui, appartenant ordinairement à la classe des servitudes rurales, devrait, dans l'opinion que nous combattons, rester rigoureusement enfermée dans cette catégorie? Ici le

Digitized by Google

désarroi est grand dans le camp de nos adversaires. Faut-il voir là, avec Noodt, une interpolation de Tribonien? Notre savant Doyen[1] estime que cette conjecture n'est nullement fondée, et il pense que la *servitus aquæductus* était, suivant les cas, tantôt rustique, tantôt urbaine. Seulement il s'abstient d'expliquer comment il entend la chose, et nous laisse ainsi le regret de ne pouvoir compter d'une manière certaine sur son suffrage, qui nous serait précieux pour nous confirmer dans la bonté de notre théorie. Toujours est-il que M. Pellat ne considère point comme une hérésie cette proposition que telle espèce de servitude serait susceptible de se présenter tantôt comme rustique, tantôt comme urbaine.

29. Quant aux auteurs qui repoussent une pareille idée, ils sont loin de s'entendre sur l'interprétation de la loi 11, § 1. Notre éminent collègue, M. Ortolan[2], est d'avis que le droit de conduire de l'eau sur le sol serait rural, mais que, sur un édifice, il serait urbain. Il détermine ainsi, d'après la nature du fonds servant, le caractère de la servitude, procédé tout à fait contraire au langage des Romains, ainsi que nous l'avons fait observer. Molitor[3], pour décider si la servitude d'aqueduc est rurale ou urbaine, a imaginé de distinguer si la conduite d'eau est telle qu'il faille le fait de l'homme souvent réitéré pour dériver l'eau, cas où il serait évident que la servitude est rurale; et il invoque, afin de baser cette distinction, la loi 1, § 1, D., XLIII, 20, qui, comme nous le verrons, ne contient rien de ce qu'il y trouve. Si, au contraire, ajoute cet auteur, le canal a changé en même temps l'état de la superficie, s'il a été construit en pierres, et que l'eau coule continuellement, la servitude est urbaine par sa nature. Notons qu'en définitive Molitor aboutit à ce résultat que la même servitude se prête à l'un et à l'autre caractère. M. de Vangerow[4], pour se tirer d'affaire, décompose la servitude d'aqueduc en deux servitudes, dont chacune aurait un caractère différent. Envisagée relativement au fonds où se trouve la source, elle constituerait une *servitus faciendi*, et serait une servitude rurale; envisagée par rapport au fonds sur lequel sont posés les tuyaux, elle formerait une

[1] *Commentaire du livre VI des Pandectes*, p. 542.
[2] *Explication historique des Instituts*, 7e édit., p. 319, note 2.
[3] *La possession, la revendication, etc.*, p. 335.
Lehrbuch der Pandeckten, t. II, § 339, n° 5.

Digitized by Google

servitus habendi, et serait dès lors une servitude urbaine. Cette complication est tout à fait inadmissible; elle crée arbitrairement une troisième catégorie de servitudes mixtes ou complexes, qui n'a jamais été soupçonnée par les Romains, et dont il faudrait inventer les règles. En général, la servitude d'aqueduc grèvera un fonds unique, duquel l'eau sera tirée, et sur lequel elle passera en même temps pour arriver au fonds dominant. Il y aura donc à la fois pour le fonds assujetti *servitus faciendi et servitus habendi*, c'est-à-dire servitude rurale et urbaine, espèce de droit qu'on ne trouve nulle part indiquée. Aussi notre judicieux collègue M. Demangeat n'a pu se résoudre à admettre cette explication de l'illustre professeur d'Heidelberg, et il se résout à dire[1] que la servitude d'aqueduc, rustique de sa nature, pourrait être urbaine, si par exemple l'eau était destinée à l'usage des personnes qui habitent une maison. Ne sommes-nous pas dès lors autorisé, et nous serions heureux de pouvoir le faire, à compter M. Demangeat comme partisan de notre doctrine? Nous n'exigeons pas, en effet, autre chose pour constituer une servitude à l'état d'urbaine, si ce n'est cette circonstance que le service est dû en faveur d'un bâtiment. Or, si cette considération est décisive en ce qui concerne la servitude d'aqueduc, pourquoi restreindre cette influence à une servitude isolée, et ne point lui attribuer un caractère général?

29. Si le lecteur est fatigué des divergences qu'a fait éclater l'appréciation de la servitude d'aqueduc, qu'il veuille bien, pour trancher la question, prendre un guide plus sûr que tous les commentateurs anciens ou modernes, et s'en rapporter à Ulpien, dont le langage est si clair qu'on peut s'étonner de l'obscurité que les interprètes sont parvenus à répandre sur ce point. Voici comment il s'exprime dans la loi 1, § 11, D., *De aq. quot.* : « *Illud quæritur, utrum ea tantum aqua his inter-* « *dictis contineatur, quæ ad agrum irrigandum pertinet; an* « *vero omnis, etiam ea, quæ ad usum quoque et commodum* « *nostrum? Et hoc jure utimur, ut hæc quoque contineatur.* « *Propter quod etiam si in urbana prædia quis aquam ducere* « *velit, hoc interdictum locum habere potest.* » Ce passage est emprunté au même ouvrage que la loi 1, § 1, D., *De itin.*, au

[1] *Cours élémentaire*, t. II, p. 502.

Digitized by Google

commentaire d'Ulpien sur le livre LXX de l'Édit. Un peu plus haut, le jurisconsulte avait fait observer que l'interdit *De itinere* ne protégeait que la possession des servitudes de passage rustiques, ce qui excluait tacitement mais nécessairement les servitudes urbaines de la même espèce. Quand il arrive aux interdits *De aqua quotidiana et æstiva*, il se demande si les interdits usités en cette matière ne s'appliquaient pareillement qu'à l'aqueduc ayant pour but l'irrigation d'un champ, qu'à la servitude d'aqueduc rustique, ou si l'on devait les étendre à la servitude d'aqueduc fournissant de l'eau pour l'usage de certaines personnes, c'est-à-dire des habitants d'une maison, en un mot au cas où la servitude serait urbaine. Sa réponse est qu'il n'y a pas de distinction à faire, ce qu'il présente comme un point de jurisprudence constant (*hoc jure utimur*), de telle sorte que l'aqueduc destiné à alimenter un bâtiment, un *prædium urbanum*, rentrerait sous le domaine de l'interdit.

30. Cette opposition entre les deux classes de servitudes, suivant que l'eau *ad irrigandum agrum pertinet*, ou bien *ad usum et commodum nostrum*, est parfaitement en harmonie avec les expressions consacrées à Rome pour qualifier les servitudes. Comme il s'agit de droits appartenant à tel ou tel héritage, de qualités avantageuses pour le fonds dominant, que la *servitus* est *urbano vel rustico prædio debita* (voir Ulpien, L. 6, D., *De fund. dot.*), le jurisconsulte désigne la servitude rustique quand il parle de l'*aqua pertinens ad agrum irrigandum*, de même qu'il indique une servitude urbaine quand il parle de l'eau *quæ in urbanum prædium ducitur*. Il ne se préoccupe point, comme le veut M. Ortolan, de savoir si l'eau est conduite à travers un bâtiment; il ne recherche point, ainsi que le lui fait dire Molitor, si le fait de l'homme doit ou non être souvent réitéré pour faire couler l'eau; il laisse aussi peu soupçonner qu'il y ait lieu, suivant le système de M. de Vangerow, à distinguer le fonds d'où l'eau est tirée, pour imposer à ce fonds une servitude rurale, et le fonds sur lequel coule l'eau, afin de grever ce fonds d'une servitude urbaine. Le rapprochement des deux textes d'Ulpien, l'un ayant trait à l'interdit *De itinere*, l'autre à l'interdit *De aqua quot.*, met en pleine lumière, si nous ne nous abusons, le caractère distinctif des deux classes de servitudes, reposant uniquement sur la nature de l'héritage dominant. La seule remarque qu'il y ait à faire,

Digitized by Google

c'est que la possession de l'*iter urbanum* n'était point, à l'instar de l'*aquæductus urbanus*, protégée par un interdit, ce qui doit s'expliquer probablement par le peu de fréquence de l'*iter urbanum*, tandis que les conduites d'eau servant à défrayer les besoins des habitants d'une maison paraissent, au contraire, avoir été assez communes dans les usages romains.

31. La discussion à laquelle nous nous sommes livré sur la nature de la servitude d'aqueduc nous a conduit à cette conclusion qu'il n'y a d'autre procédé raisonnable pour séparer l'aqueduc, servitude rurale, et l'aqueduc, servitude urbaine, que celui qui tient compte de la qualité du fonds dominant. Ce résultat, qui nous paraît à l'abri de controverse sérieuse, nous donne la clef de tout le système romain quant à la démarcation des deux classes de servitudes. Du moment où l'on est forcé d'admettre notre théorie comme exacte à l'occasion de la servitude d'aqueduc, nous n'apercevons pas, ainsi que nous l'avons déjà dit, pourquoi ce signe de distinction, bon pour la servitude d'aqueduc, cesserait d'avoir cette qualité à l'égard d'une servitude d'une autre espèce. Il faudrait donc dire alors que l'aqueduc constitue une servitude exceptionnelle, rebelle à la règle générale, et qu'ainsi il y aurait deux procédés à suivre pour se fixer sur le caractère d'une servitude.—Quant au point de vue sous lequel la loi 3, D., *De servit.*, envisage les servitudes, en disant qu'elles consistent tantôt *in solo*, tantôt *in superficie*, nous sommes persuadé que Paul, auteur de ce texte, ne s'occupait pas de chercher une autre division pour supplanter la division traditionnelle, dont les termes auraient pu prêter à équivoque. Il voulait seulement indiquer cette idée que pour certaines servitudes il se rencontre un état de possession indubitable, qui fait défaut pour d'autres servitudes; et nous aurons à revenir sur ce point, en étudiant les règles qui différenciaient les deux sortes de servitudes quant à leur acquisition ou leur extinction.

32. La doctrine qui a le plus de faveur aujourd'hui, et suivant laquelle toute servitude qui peut se comprendre indépendamment de constructions doit être une servitude rurale, cette doctrine a le tort de considérer la servitude en quelque sorte *in abstracto*, comme si elle pouvait exister isolément du sujet

Digitized by Google

en faveur duquel elle est créée. Ainsi, dit-on, le fait de passer se conçoit sans que des bâtiments soient nécessaires pour qu'un passage s'exerce. — Nous ferons observer qu'en matière de servitude, le passage n'est qu'un moyen afin d'atteindre un but, et que ce but, qui donne sa véritable utilité à la servitude, sera tantôt de faciliter l'exploitation d'un terrain cultivable, tantôt de faciliter la jouissance d'une maison. Comme il ne saurait y avoir établissement d'une servitude sans désignation des deux fonds qui sont mis en rapport, il est sensible que la concession d'un droit de passage n'est efficace qu'autant que l'héritage au profit duquel le passage doit être exercé sera déterminé, et que dès lors, si l'héritage dominant est un bâtiment, un *prædium urbanum*, on arrive à avoir une servitude qui est inséparable de l'idée de constructions, puisque c'est précisément pour ménager l'accès d'un terrain construit que la servitude aura été constituée. Il ne nous paraît donc pas exact de prétendre que là où il y a droit de passage pour arriver à des bâtiments l'idée de constructions reste étrangère à la servitude. C'est là une particularité qui influe puissamment, comme nous l'avons dit plus haut[1], sur la portée de la servitude, sur sa gravité. N'y voir qu'un élément indifférent, c'est faire bon marché d'une circonstance qui a dû être décisive pour fixer les conditions moyennant lesquelles la servitude a été concédée.

33. Quant à cette objection, que la servitude ne peut changer de nature, suivant que le propriétaire du fonds dominant bâtirait là où il n'y avait pas de constructions ou démolirait les constructions qui existaient d'abord, nous répondrons que les conséquences des modifications apportées au fonds dominant doivent être appréciées d'après cette règle : le propriétaire de l'héritage dominant ne peut rien faire qui aggrave la servitude, tandis qu'il lui est permis de la rendre moins onéreuse. Un droit de passage a été concédé en vue de l'exploitation d'une prairie ou d'une vigne; n'est-il pas évident que si le propriétaire dominant vient à construire une maison d'habitation sur ce terrain, il métamorphosera complétement la servitude, et qu'il ne pourra prétendre à imposer au fonds servant une aggravation aussi considérable? Les Romains décidaient bien

[1] Voir n° 11.

Digitized by Google

(voyez L. 13, pr. D., *De serv. præd. rust.*) que si un passage avait été concédé au profit d'un fonds cultivé d'une certaine manière, il était permis, à moins de convention contraire, de changer le mode de culture. Mais une réserve expresse n'aurait pas été nécessaire pour empêcher la substitution d'un *prædium urbanum* à un *prædium rusticum*. C'eût été dénaturer la servitude, et transformer un *iter rusticum* en un *iter urbanum*, distinction que nous avons vue implicitement consacrée dans la loi 1, § 1, D., *De itin.*

34. La dernière partie de notre tâche consistera à examiner les règles différentes que la législation romaine avait admises en matière de servitudes, et pour l'application desquelles les textes nous disent qu'il fallait distinguer selon que les servitudes étaient rurales ou urbaines. Nous aurons à voir si la diversité de ces règles peut s'accorder avec le système que nous défendons comme ayant toujours persisté, système qui prend pour base la qualité de l'héritage dominant.

E. MACHELARD.

(*La suite à une autre livraison.*)

LA LETTRE IMPÉRIALE DU 24 JUIN 1863 ET LA DÉCENTRALISATION,

Par M. le vicomte H. DE LUÇAY, auditeur au Conseil d'État.

Le 24 juin 1863, une lettre, adressée par l'Empereur au ministre présidant le Conseil d'État, et rendue publique, a signalé les excès de réglementation, les graves inconvénients, pour la prompte expédition des affaires, qu'entraînait le système de centralisation administrative, tel qu'il était appliqué en France, et a insisté sur l'urgence d'une réforme.

« Mais dans ces matières, où le bien public et l'intérêt privé se touchent par tant de points, ajoutait le document impérial, le difficile est de faire à chacun sa part, en accordant au premier toute la protection, au second toute la liberté désirable.

Digitized by Google

« Cette œuvre nécessite la révision d'un grand nombre de lois, de décrets, d'ordonnances, d'instructions ministérielles, et l'on ne peut en préparer les éléments qu'en examinant avec attention chacun des détails de notre système administratif, pour en retrancher ceux qui seraient superflus.

« Les diverses sections du Conseil d'État m'ont paru les plus propres à cet examen, car, si elles n'administrent pas, elles voient agir l'administration. »

Trois années se sont écoulées depuis que ce programme a été tracé, et il ne nous semble pas hors de propos de venir constater aujourd'hui ce qui a été déjà fait pour le remplir. Aussi bien l'administration, pour sa part, s'est à peu près entièrement acquittée de sa tâche, et si certains projets, qu'elle a préparés, ne sont pas encore passés dans le domaine de la loi, c'est que le temps a manqué jusqu'ici au Corps législatif pour terminer une étude, que l'importance des matières et des intérêts engagés lui a fait désirer de rendre aussi complète que possible.

Les mesures, dont nous avons l'intention de présenter l'analyse à nos lecteurs, ne sont pas du reste, il est à peine besoin de le rappeler, les premières prises par le gouvernement dans le sens de la décentralisation. A son avénement même au pouvoir, l'Empereur a voulu témoigner, par un acte considérable, de ses tendances à cet égard.

Le décret-loi du 25 mars 1852 a été fondé sur ce principe que si l'on peut gouverner de loin, on n'administre bien que de près, et qu'en conséquence autant il importe de centraliser l'action gouvernementale et politique de l'État, autant il est nécessaire de décentraliser l'action purement administrative. Mais ce décret ainsi que celui du 13 avril 1861, qui l'a complété, avait pour but principal et avoué, comme le disait le rapport adressé à l'Empereur le 20 juin 1854 par M. de Persigny alors ministre de l'intérieur, d'investir le plus possible les préfets de l'administration des localités, pour rendre plus rapide l'action du pouvoir de tutelle sur la gestion des affaires départementales et communales. Œuvre utile et pratique de délégation, ils n'étaient point une œuvre de véritable émancipation.

Telle est au contraire la portée de la réforme inaugurée par la lettre impériale du 24 juin 1863; cette réforme a eu pour objet de dégager l'initiative de l'individu comme celle des au-

Digitized by Google

torités locales de la tutelle de l'administration, en contenant et dirigeant cette initiative par le sentiment de la responsabilité.

Les dispositions diverses, adoptées jusqu'à ce jour, peuvent se ranger sous trois chefs distincts, suivant qu'elles se rapportent et ont trait au règlement des intérêts industriels, agricoles et commerciaux, à la procédure contentieuse, à l'administration départementale et communale.

Nous étudierons successivement chacune de ces trois divisions.

I.

AGRICULTURE, COMMERCE ET TRAVAUX PUBLICS.

Une commission spéciale, sous la présidence du ministre, étudia pour le département de l'agriculture, du commerce et des travaux publics, les mesures à prendre pour simplifier et accélérer l'instruction et la décision des affaires. Son rapport du mois de juillet 1863 contient tout un programme de liberté, ou plutôt de libération de l'industrie.

« La commission, disait ce rapport, s'est attachée en première ligne à faire disparaître l'intervention de l'administration dans les intérêts privés, toutes les fois qu'elle ne la jugeait pas absolument nécessaire.

« Quand il lui a paru indispensable de la conserver, elle a cherché du moins à en atténuer les inconvénients ordinaires en simplifiant les formalités de l'instruction, en supprimant toutes celles d'où ne résultait pas une garantie nécessaire pour les intérêts mis en question par la décision administrative, et en rapprochant autant que possible de l'intéressé l'autorité qui doit prononcer sur sa demande.

« Quelques-unes des réformes qu'elle propose n'exigeront aucun changement dans la législation. Il suffit pour qu'elles soient accomplies qu'un esprit plus libéral, moins réglementaire, préside aux décisions que l'administration doit continuer à prendre dans des matières où sa tutelle est indispensablement imposée par la nature des intérêts engagés [1].

[1] Comme exemple de ces réformes, qui ont leur importance, nous pouvons citer une circulaire de M. le ministre des travaux publics, en date du

Digitized by Google

« D'autres améliorations ne pourront être accomplies que par la réformation des décrets ou ordonnances, ou même de lois qui rendent obligatoires les formalités condamnées par la commission. »

C'est de ces améliorations seulement que nous avons l'intention de nous occuper ici; pour la facilité de l'étude nous les grouperons par direction générale.

§ 1er. — Direction générale des mines.

Usines métallurgiques, minières. — Les usines métallurgiques et les minières étaient régies en 1863 par la loi du 21 avril 1810. Le système de cette loi reposait tout entier sur l'intervention permanente de l'État dans l'industrie privée. Aucune usine ne pouvait s'établir sans l'autorisation du gouvernement accordée après une longue et minutieuse instruction qui devait tenir compte des qualités personnelles du pétitionnaire, des chances de succès de l'usine, ainsi que des ressources de la localité en combustible et en minerai. Une fois autorisé, par contre, le permissionnaire se trouvait par cela seul investi de droits importants, de servitudes sur les propriétés privées pour l'ouverture des chemins nécessaires à son exploitation, pour la recherche et l'extraction du minerai que les possesseurs des mines et minières[1] étaient tenus de lui livrer à un prix déterminé par l'administration, ou fixé par des experts, avec obligation d'extraire du minerai en quantité suffisante pour satisfaire aux besoins reconnus des usines voisines, ou de laisser les usiniers exploiter chacun dans la limite de ses besoins.

Ce système formait un ensemble où tout se liait, et qui avait

10 décembre 1863, relative au délai dans lequel doivent avoir lieu l'affiche et la publication des demandes en concession de mines. Depuis 1867, l'accomplissement de ces formalités était subordonné à une instruction préalable sur l'existence d'un gisement minéral concessible, instruction qui à l'inconvénient d'entraîner souvent de longs retards joignait celui de donner une sorte de consécration au projet du demandeur et d'engager ainsi mal à propos la responsabilité de l'administration. La circulaire du 10 décembre prescrit le retour au régime de l'article 22 de la loi de 1810, lequel, sans parler d'examen préparatoire, ordonnait l'affichage de la demande dans les dix jours de sa réception à la préfecture.

[1] Les minières comprennent les minerais de fer dits d'alluvion, les terres pyriteuses propres à être converties en sulfate de fer, les terres alumineuses et les tourbes.

Digitized by Google

pour base et pour raison d'être cette pensée que l'industrie des métaux était une industrie spéciale dont les succès ou les échecs importaient au premier chef à l'intérêt public, qui avait droit à une protection particulière de l'État et qui par ce motif devait être placée, de la manière la plus étroite, sous la tutelle de l'administration.

Mais les choses avaient bien marché depuis 1810; l'état actuel de l'industrie ne semblait plus exiger le maintien d'un régime aussi exceptionnel, aussi contraire à la liberté de l'industrie et de la propriété. En fait, le contrôle de l'administration des mines et celui du Conseil d'État sur les chances commerciales et industrielles des usines nouvelles n'était plus exercé depuis longtemps d'une manière réelle, et le dernier mot de la législation en vigueur était d'imposer aux fondateurs d'établissements des formalités, des démarches, des délais, des pertes de temps et des frais sans aucune utilité pratique.

Les usines métallurgiques rentrant dans le droit commun, la servitude sur les minières, née du caractère quasi-public attribué à ces usines par la loi de 1810, semblait devoir cesser avec ce caractère lui-même. Cette servitude était d'ailleurs contraire au droit et à l'équité, car tandis que la loi obligeait l'extracteur à réserver à l'usinier sa part de minerai, elle n'obligeait pas celui-ci à la prendre. La liberté rendue aux propriétaires ne devait pas faire craindre de voir restreindre les approvisionnements de l'industrie en minerai; leur intérêt personnel était à cet égard un sûr garant; le développement des voies de communication et des relations internationales assurait aux établissements le moyen de se fournir, suivant leurs besoins, de matières premières.

Telles furent les considérations qui prévalurent devant le Conseil d'État et déterminèrent la présentation, le 30 mars 1864, au Corps législatif, d'un projet de loi portant modification de la loi du 21 avril 1810, en ce qui concernait les minières, les usines métallurgiques et l'industrie du fer.

La commission législative chargée de l'examen du projet ne voulut se prononcer qu'après l'avoir soumis à une étude approfondie, après avoir entendu les principaux industriels, et fait procéder à une enquête auprès des ingénieurs des divers arrondissements minéralogiques de France. Le rapport fut déposé par M. Édouard Dalloz le 28 février 1866; il concluait à

Digitized by Google

l'adoption, avec certaines modifications acceptées par le gouvernement, en faisant observer que la suppression du système de l'autorisation préalable, système compatible seulement avec une industrie encore en enfance, semblait présenter d'autant moins d'inconvénients que les usines resteraient assujetties à la législation protectrice qui régissait les établissements insalubres, incommodes et dangereux, l'emploi des machines à vapeur, les cours d'eau, ainsi que les constructions élevées dans la zone forestière; et qu'en ce qui concernait les minières, le vaste et fécond rayon d'approvisionnement, dont était dotée l'industrie sidérurgique de France, rendait sans danger le rétablissement des propriétaires du sol dans l'intégrité de leurs droits.

Le projet de loi, voté par le Corps législatif, a été promulgué le 9 mai 1866.

L'établissement des fourneaux, forges et usines, rentre désormais dans le droit commun.

D'autre part l'exploitation des minières est affranchie des servitudes dont elle était précédemment grevée au profit desdites usines, mais que pourront cependant encore invoquer, par mesure transitoire, pendant une période de dix ans, les établissements munis de permissions régulières, et existant avant la promulgation de la nouvelle loi.

Si l'exploitation des minières doit avoir lieu à ciel ouvert, le propriétaire n'est tenu, sous réserve de l'observation des règlements concernant la sûreté et la salubrité publiques, qu'à une déclaration au préfet; cette disposition s'applique, non-seulement aux minerais de fer d'alluvion, mais aussi à ceux en couches et filons, dans le cas où ils sont concessibles.

Si l'exploitation doit être souterraine, elle ne peut avoir lieu qu'avec une permission du préfet, qui en détermine les conditions spéciales.

Machines à vapeur. — La réforme, que nous venons d'analyser, avait été précédée d'une autre relative aux machines à vapeur.

Aux termes de l'ordonnance du 22 mai 1843, toute machine avant d'être livrée devait subir, chez le fabricant, sous la direction des agents de l'administration des mines, des

Digitized by Google

épreuves destinées à constater sa force de tension; une fois éprouvée et livrée, elle ne pouvait être installée et employée qu'avec l'autorisation du préfet, par assimilation aux établissements insalubres de deuxième classe.

Ce système, par suite de la multiplicité toujours croissante des appareils fixes, devenait chaque jour plus impraticable; il imposait aux industriels des retards ou des dépenses inutiles et diminuait leur responsabilité en les couvrant, souvent devant les tribunaux, du bénéfice de l'autorisation administrative.

La commission centrale des machines à vapeur et la commission administrative, dont il a été parlé plus haut, se réunirent pour demander la suppression de l'autorisation préalable, et la substitution de l'action répressive de la justice à l'action préventive de l'administration.

Tel fut l'objet d'un décret portant règlement pour les chaudières fermées destinées à produire de la vapeur, autres que celles qui sont placées à bord des bateaux. Ce décret réglementaire a pris la date du 25 janvier 1865. Tout en édictant les prescriptions générales nécessaires au triple point de vue de la sécurité, de la salubrité et de la commodité des tiers, il laisse à la disposition du constructeur, sous sa responsabilité, le système de construction et les matériaux mis en œuvre, et ne les soumet qu'à la nécessité d'une épreuve sous la direction des ingénieurs. L'établissement d'une chaudière à vapeur placée à demeure, ou l'emploi d'une locomobile, ne donnent lieu qu'à une simple déclaration.

§ 2. — Direction générale des ponts et chaussées.

Les matières ressortissant à la direction générale des ponts et chaussées, et dont la décentralisation a été proposée, sont au nombre de quatre. Trois ont donné lieu à des projets de loi, dont l'un, celui relatif aux bacs, n'a pas rencontré l'assentiment du Corps législatif; la quatrième avait été réglée par un décret, que la loi du 18 juillet 1866 sur l'administration départementale a rendu sans objet.

Associations syndicales. — La première et la plus importante des lois est celle sur les associations syndi-

Digitized by Google

cales[1] qui a été adoptée par le Corps législatif, dans sa session de 1865, après une intéressante discussion.

Les dispositions, qui régissaient les syndicats antérieurement à cette loi, manquaient de précision et d'harmonie, présentaient de nombreuses lacunes, faisaient une part trop restreinte à l'action des intéressés. Dans presque tous les cas les associations ne pouvaient valablement se former sans l'intervention d'un décret soumis à l'examen de la section des travaux publics du Conseil d'État. Ce décret ne se bornait pas à constituer l'être collectif, il imposait à son fonctionnement des obligations étroites, telles que l'immixtion nécessaire des ingénieurs dans la préparation et l'exécution des travaux, le règlement du budget par l'autorité, qui nommait souvent aussi les syndics. Le décret du 25 mars 1852, dans un but de simplification, avait attribué aux préfets le droit de statuer lorsqu'il y avait accord de tous les intéressés pour l'exécution des travaux ainsi que la répartition des dépenses, et lorsque, pour le curage et l'entretien des cours d'eau non navigables ni flottables, les mesures à prendre n'étaient que l'application d'usages établis ou de règlements déjà en vigueur. Mais, comme la forme et les conditions de l'adhésion à donner au nom des incapables n'avaient pas été déterminées, la validité des associations constituées par les préfets, dans les deux seuls cas de leur compétence, pouvait souvent être contestée.

Quant aux associations libres, dont le législateur ne s'était nulle part préoccupé, quelques-unes s'étaient formées comme de simples societés civiles régies par le Code Napoléon, mais deux arrêts de la Cour de cassation leur refusaient le droit d'être représentées en justice par leurs syndics.

[1] Il existe des associations syndicales dans 63 départements, au nombre de 2,475, savoir :

234	associations, dont 153, dans la Haute-Loire, formées librement ;	
288	autorisées par ordonnance ;	
250	— par décret ;	
1,492	— par arrêtés préfectoraux.	
857	associations ont pour objet des travaux d'endiguement ;	
804	— —	des travaux de curage, d'assainissement et de desséchement ;
750	— —	des travaux d'irrigation ;
64	— —	des travaux de drainage.

Montant des cotisations perçues en 1862 : 4,271,925 fr. (Exposé des motifs du 6 avril 1864.)

Digitized by Google

Enfin pour les différends qui s'élevaient entre les membres des syndicats, la juridiction variait : en matière de curage des cours d'eau non navigables ou flottables, c'était le conseil de préfecture chargé par la loi du 14 floréal an XI de la répartition des taxes en raison de l'intérêt de chaque propriétaire ; s'il s'agissait de digues contre la mer, les fleuves et les rivières, ou de desséchement des marais, la compétence appartenait aux commissions spéciales instituées par la loi du 16 septembre 1807.

Les imperfections de la législation, la part trop considérable faite à l'autorité dans la constitution et l'administration des sociétés, la longueur de l'instruction qui, pour quelques affaires, se prolongeait jusqu'à quatre et même six années [1], déterminèrent le gouvernement à une réforme.

Cette réforme prit pour point de départ la pensée qu'aux intéressés devaient être attribuées l'initiative et la décision, et que l'action de l'autorité devait être presque exclusivement restreinte à un simple contrôle.

Elle a été formulée dans un projet de loi présenté le 6 avril 1864 au Corps législatif.

« Les travaux d'amélioration agricole exigent en général des vues d'ensemble, disait l'exposé des motifs, un long temps, des ressources permanentes et du crédit. Des efforts isolés sont impuissants lorsqu'il s'agit de défendre contre la mer ou le débordement des rivières des territoires menacés d'inondation, d'améliorer, de curer et de régulariser des cours d'eau, de conquérir ou d'assainir des terrains rendus improductifs et souvent insalubres par la stagnation des eaux, de faire profiter des surfaces considérables des bienfaits de l'irrigation et du colmatage.

« De telles entreprises veulent des efforts combinés et le concours de l'esprit d'association : c'est ce concours que le projet de loi, que nous venons soumettre à vos délibérations, a pour but de leur assurer. ».

Le projet établissait deux sortes d'association ; les unes libres, les autres autorisées ; mais, sous cette dernière dénomination, étaient comprises en réalité des associations forcées, c'est-à-dire qui pouvaient être imposées aux intéressés mal-

[1] V. annexes 2, 3 et 4 de l'exposé des motifs.

Digitized by Google

gré leur résistance même unanime. Il réservait à un règlement d'administration publique de statuer sur le complément de la loi, notamment sur la représentation de la propriété dans les assemblées générales et sur la nomination des syndics. La loi du 16 septembre 1807 et celle du 14 floréal an XI, devaient continuer à régir la matière des endiguements et du curage des rivières et cours d'eau non navigables ni flottables, mais concurremment avec la loi des associations; le desséchement des marais et les ouvrages nécessaires à l'exploitation des marais salants, n'auraient pas été compris dans cette dernière loi.

Les données premières du projet ont été assez sensiblement modifiées par la commission du Corps législatif d'accord avec le Conseil d'État [1]. — La loi a été promulguée le 21 juin 1865.

L'article 1er énumère les travaux dont l'exécution et l'entretien peuvent être l'objet d'une association syndicale, ce sont ceux :

1° De défense contre la mer, les fleuves, les torrents et les rivières navigables ou non navigables;

2° De curage, approfondissement, redressement et régularisation des canaux et cours d'eau non navigables ou flottables, et de canaux de desséchement et d'irrigation ;

3° De desséchement des marais;

4° Des étiers et ouvrages nécessaires à l'exploitation des marais salants;

5° D'assainissement des terres humides et insalubres;

6° D'irrigation et de colmatage;

7° De drainage ;

8° De chemins d'exploitation et de toute autre amélioration agricole ayant un caractère d'intérêt collectif.

Les associations syndicales seront désormais personnes civiles, pouvant ester en justice par leurs syndics, acquérir, vendre, échanger, transiger, emprunter et hypothéquer (art. 3).

L'article 4, transportant dans la loi nouvelle les dispositions de l'article 13 de la loi du 3 mai 1841, autorise les tuteurs et représentants d'incapables à fournir une adhésion valable à l'association, en entourant cette adhésion de garanties nécessaires pour sauvegarder des intérêts qui ne peuvent se défendre par eux-mêmes.

[1] V. rapport de M. Sénéca, du 3 mai 1865.

Digitized by Google

Les associations sont libres ou autorisées (art. 2). — Les associations forcées n'ont pas été admises.

Les associations libres se forment sans l'intervention de l'administration par le consentement unanime des associés, constaté par écrit. Elles sont tenues de publier un extrait de leur acte d'association (art. 5 et 6). Elles peuvent, si les statuts n'y mettent pas obstacle, être converties par arrêté préfectoral en associations autorisées, après une délibération de l'assemblée générale prise à la majorité des intéressés représentant au moins les deux tiers de la superficie des terrains, ou à la majorité des deux tiers des intéressés représentant plus de la moitié de la superficie (art. 8 et 12).

Les associations autorisées sont formées par arrêté préfectoral, soit sur la demande d'un ou plusieurs intéressés, soit sur l'initiative du préfet, lorsqu'il s'agit des travaux spécifiés aux nos 1, 2, 3, 4 et 5 de l'article 1er, travaux qui sont considérés, à juste titre, comme intéressant la sécurité et la salubrité publiques[1].

L'arrêté d'autorisation est précédé, 1° d'une enquête administrative, 2° de la convocation d'une assemblée générale des intéressés. Si dans cette assemblée la majorité spéciale dont il a été question plus haut, n'est pas acquise au projet, le préfet refuse l'autorisation; dans le cas contraire, il peut la donner.

L'arrêté d'autorisation ou de refus peut être déféré par les intéressés et les tiers au ministre des travaux publics; il est statué par décret rendu en Conseil d'État (art. 10, 11, 12 et 13).

S'il s'agit de travaux de desséchement des marais, des étiers et ouvrages nécessaires aux marais salants, d'assainissement des terres humides et insalubres, les propriétaires qui n'ont pas adhéré à l'association ont le droit, dans le délai d'un mois,

[1] Les endiguements, le desséchement des marais, le curage devaient évidemment subir la loi des majorités, parce que, d'une part, il s'agit d'un intérêt public incontestable, et que, de l'autre, la condition des intéressés sera meilleure sous le régime de l'association autorisée que sous celui des mesures de haute administration. Quant aux nos 4 et 5, il importe que les marais salants ne restent pas inexploités, et, dès que l'insalubrité existe, il n'y a plus à exiger l'unanimité des intéressés pour la faire cesser. (Rapport du 3 mai 1865.)

Digitized by Google

de déclarer qu'ils entendent délaisser leur propriété, moyennant une indemnité à la charge de l'association, fixée conformément à l'article 16 de la loi du 21 mai 1836 (art. 14).

Ce recours particulier n'est pas ouvert dans le cas de curage et d'endiguement, parce que l'obligation préexiste, et que c'est une servitude légale dérivant de la nature des choses et de la loi même. Pour les nos 6, 7 et 8 de l'article 1er, les travaux ne pouvant être entrepris que par l'accord unanime des intéressés, il n'y a pas lieu au même recours.

Dans les associations autorisées, le recouvrement des taxes s'opère comme en matière de contributions directes, en vertu d'un rôle dressé par le syndicat, approuvé et rendu exécutoire par le préfet (art. 15).

Les contestations entre les membres de l'association relatives à la fixation du périmètre assujetti à la division des terrains en différentes classes, à la perception des taxes, etc., sont jugées par le conseil de préfecture, sauf recours au Conseil d'État. L'apurement des comptes a lieu selon les règles établies pour les comptes des receveurs municipaux (art. 16).

Si l'exécution des travaux entrepris par une association syndicale exige une expropriation, il y sera procédé conformément à la loi de 1836, mais seulement après déclaration d'utilité publique par décret rendu en Conseil d'État.

Les contestations relatives aux servitudes autorisées par les lois et dont l'établissement devrait avoir lieu au profit d'une association syndicale, sont portées devant le juge de paix (art. 5. Loi du 10 juin 1854 sur le drainage).

Le titre 4 est relatif à la représentation de la propriété dans les assemblées générales et à la nomination ainsi qu'aux pouvoirs des syndics. Quatre points principaux, dit le rapport du 3 mai, ont été adoptés comme principes de ce titre : 1° l'intérêt dans l'association dérive de la propriété; 2° la représentation de la propriété doit être proportionnée à l'intérêt; 3° le choix des syndics doit régulièrement appartenir à l'assemblée générale; 4° l'action des syndics doit être libre, sauf l'intérêt public.

Le titre 5 et dernier contient des dispositions générales. L'une d'elles est relative au cas où une association autorisée n'entreprendrait pas les travaux en vue desquels elle a été formée; l'autorisation serait alors retirée. Si l'interruption ou le

Digitized by Google

défaut d'entretien des travaux entrepris par une association, autorisée ou libre, pouvait avoir des conséquences nuisibles à l'intérêt public, le préfet est autorisé, après une mise en demeure, à faire procéder d'office à l'exécution des travaux nécessaires pour obvier à ces conséquences (art. 25).

L'article 26 porte que les lois des 16 septembre 1807 et 14 floréal an XI continueront d'être exécutées à défaut de formation d'associations libres ou autorisées, lorsqu'il s'agira des travaux spécifiés aux n°s 1, 2 et 3 de l'article 1er, c'est-à-dire des endiguements, du curage et rectification des cours d'eau non navigables et des canaux, du desséchement des marais.

Toutefois les commissions spéciales, juridiction créée par la loi du 16 septembre 1807, seront désormais remplacées par les conseils de préfecture, et en ce qui concerne la perception des taxes, l'expropriation et les servitudes, il sera procédé conformément à la loi nouvelle.

Le but de la loi, disait M. Boinvilliers au Sénat, le 9 juin 1865, est clair et ses moyens sont simples : création des associations syndicales placées désormais sous un régime uniforme; la liberté d'un contrat privé pour les unes; l'autorisation pour les autres, dont les travaux engagent, dans une certaine mesure, l'intérêt général. A toutes, la personnalité civile qui permettra de contracter et d'ester en justice par des syndics; à toutes aussi, une action et un crédit mieux assurés désormais.

L'article 10 de la loi du 21 juin 1865, confiait à un règlement d'administration publique le soin de déterminer les formes de l'enquête administrative à laquelle il y avait lieu de procéder dans le cas où il s'agissait d'une entreprise d'amélioration agricole ou d'un projet d'association de la catégorie des associations autorisées. Ce règlement a pris la date du 17 novembre 1865.

Alignements. — Le second projet de loi, beaucoup moins important, a eu pour objet de conférer en droit la délégation déjà reconnue en fait aux sous-préfets de délivrer les alignements sur les routes impériales et départementales, partout où il existe un plan régulièrement approuvé.

La législation sur la grande voirie avait attribué primitivement le pouvoir en cette matière au préfet, et, bien qu'une

Digitized by Google

circulaire du 18 mai 1849 l'eût étendu ensuite aux sous-préfets, la jurisprudence administrative se refusait à reconnaître la légalité de leurs décisions. (Arrêt du 28 novembre 1861.) — Le même droit a été aussi donné au sous-préfet en ce qui concerne les chemins vicinaux de grande communication, mais également sous la condition qu'il existe un plan d'alignement régulièrement approuvé.

L'exposé des motifs du 19 février 1864 considérait avec raison cette mesure comme devant présenter, pour un nombre très-considérable d'intéressés, des avantages sérieux de décision rapide et de simplification. La loi est du 8 juin 1864 [1].

Bacs. — La dernière modification proposée dans les matières ressortissant à la direction générale des ponts et chaussées, était celle qui avait trait à l'établissement des bacs, « établissement qui n'était accordé qu'après des formalités très-longues et très-nombreuses, qui avaient été souvent citées comme exemple de notre centralisation administrative, et que ne justifiait véritablement pas l'importance des intérêts engagés. »

Une disposition additionnelle au projet de loi, concernant les conseils généraux et municipaux, a proposé au Corps législatif d'attribuer aux départements et aux communes le produit des passages d'eau, autres que ceux qui réunissaient deux sections de route impériale; elle les chargeait en même temps de leur établissement et de leur entretien. Les tarifs devaient être établis par les préfets, sur l'avis des conseils généraux et des conseils municipaux.

La commission du Corps législatif, tout en émettant le vœu formel que le mode d'instruction auquel étaient soumises les affaires

[1] Au même ordre d'idées se rattachait un décret du 24 février 1864, qui, étendant les dispositions d'une ordonnance du 29 mai 1830, aux termes de laquelle les travaux neufs d'amélioration des routes départementales pouvaient être autorisés par les préfets quand la dépense n'excédait pa 20,000 francs, décidait que désormais les travaux de cette nature, dont la dépense, quel qu'en fût le montant, aurait été allouée au budget, pourraient être exécutés sur la seule approbation donnée par les préfets aux projets des ingénieurs et aux adjudications, pourvu que l'amélioration projetée n'exigeât ni acquisition de terrain, ni changement dans la direction ou les alignements des routes, ni grands travaux d'art.

Digitized by Google

des bacs fût modifié, ne crut pas devoir accepter une attribution qu'elle considérait comme au moins inutile au point de vue de l'intérêt général des communications, en même temps qu'elle serait onéreuse pour les budgets des départements et des communes, le revenu brut de 267,000 francs que l'État tirait des 1,348 bacs existants, étant absorbé par les frais de perception et d'entretien du matériel, et certains d'entre ces bacs ne pouvant subvenir à leurs dépenses qu'au moyen d'un prélèvement sur l'ensemble des fonds du service centralisés au Trésor.

Le Corps législatif s'est rangé à l'avis de sa commission. Le gouvernement a promis néanmoins de simplifier les formalités auxquelles sont actuellement soumis la création des passages d'eau et l'établissement des tarifs.

§ 3. — Direction de l'agriculture.

Foires et marchés. — La loi sur les associations syndicales constitue pour l'agriculture la mesure la plus importante de la réforme de 1863; mais elle n'a pas été la seule; la législation sur l'établissement des foires et marchés a également été modifiée dans un sens favorable.

Précédemment les foires étaient autorisées par décret après avis de la section des travaux publics du Conseil d'État, et il en était de même des marchés à bestiaux à cause de leur importance; un arrêté du préfet suffisait pour les autres marchés.

L'instruction préparatoire comprenait l'avis des conseils municipaux des communes intéressées, du conseil d'arrondissement et du conseil général.

Un décret du 13 août 1864 porte qu'à l'avenir les préfets statueront par des arrêtés spéciaux, après les enquêtes et avis prescrits par les lois et règlements, sur l'établissement, la suppression ou le changement des foires et des marchés à bestiaux.

Lorsque les enquêtes s'étendront sur le territoire d'un département voisin, le préfet de ce département sera consulté. S'il ne fait pas d'opposition, la décision sera prise par le préfet dans le département duquel se trouve la commune en instance. Si les deux préfets sont d'avis différents, il sera statué définitivement par le ministre de l'agriculture.

Digitized by Google

§ 4. — Direction du commerce.

Les attributions de la direction du commerce comportaient un plus grand nombre de simplifications que celles de la direction de l'agriculture. Cependant l'une des mesures projetées seulement est encore parvenue à conclusion [1].

Abattoirs. — Se fondant sur les résultats de l'année 1858, où seize décrets autorisant la création d'abattoirs avaient eu une instruction d'une durée moyenne de 494 jours à Paris, sans compter une année antérieurement dans les départements, la commission administrative de 1863 proposait une modification considérable pour ces établissements qu'un avis du Conseil d'État de 1853 avait maintenus dans la compétence de l'autorité supérieure, à cause de l'interdiction prononcée contre les tueries particulières et de la tendance des communes à exagérer les taxes d'abatage. Ils donnaient lieu à une double instruction : comme établissements communaux sur les voies et moyens de la part du ministère de l'intérieur; comme établissements insalubres de première classe de la part du ministère du commerce.

Un décret du 1er août 1864 a conféré aux préfets le droit de statuer sur les propositions d'établir des abattoirs (art. 1).

Aux termes de l'article 2, les taxes d'abatage doivent être calculées de manière à ne pas dépasser les sommes nécessaires pour couvrir les frais annuels d'entretien et de gestion des abattoirs, et pour tenir compte à la commune de l'intérêt du capital dépensé pour leur construction et de la somme qui sera affectée à l'amortissement du capital.

Les taxes ne pourront dépasser le maximum de 1 centime

[1] Nous pourrions toutefois comprendre aussi parmi ces mesures le décret du 23 juin 1866, qui a rapporté l'ordonnance du 14 août 1816 portant règlement sur la pêche du hareng et du maquereau. Cette ordonnance, reproduction presque textuelle d'anciens arrêts, déterminait de la manière la plus précise et la plus rigoureuse tout ce qui était relatif à la préparation du poisson après la pêche, la salaison, l'embarillage, la marque, le mesurage. Déjà un décret du 24 septembre 1864 avait dégagé de nombreuses et gênantes restrictions la pêche de ces deux poissons, qui sont, on le sait, en France de la consommation la plus générale.

Digitized by Google

5 millièmes par kilogramme de viande de toute espèce (art. 3).

Toutefois, lorsque les communes seront forcées de recourir à un emprunt ou à une concession temporaire pour couvrir les frais de construction des abattoirs, les taxes pourront être portées à 2 centimes par kilogramme de viande nette, si ce taux est nécessaire pour pourvoir à l'amortissement de l'emprunt ou pour indemniser le concessionnaire de ses dépenses (art. 4).

Lorsque l'amortissement indiqué dans les articles 2 et 4 sera effectué, les taxes seront ramenées au taux nécessaire pour couvrir seulement les frais d'entretien et de gestion (art. 5).

Si des circonstances exceptionnelles nécessitaient des taxes supérieures à celles ci-dessus indiquées, elles ne pourront être autorisées que par décret rendu en Conseil d'État.

Deux projets de loi concernant le commerce sont encore en suspens devant le Corps législatif.

Budgets des chambres de commerce. — Le premier est peu considérable en soi. Il transporte du domaine du décret dans celui de l'arrêté préfectoral le soin de déterminer chaque année les sommes à imposer pour subvenir aux dépenses des chambres et bourses de commerce. La délégation ainsi faite au préfet ne pourra s'exercer que dans les limites et suivant les conditions déterminées par un règlement d'administration publique [1].

Sociétés. — Le second projet de loi a une toute autre importance qui motivera, nous le pensons, aux yeux du lecteur,

[1] L'exposé des motifs du 16 février 1865 a précisé les dispositions de ce règlement. L'autorisation préfectorale ne pourrait être accordée qu'autant que les budgets ne dépasseraient pas 6,000 fr. en dépenses et en recettes 3 centimes par franc des droits de patentes pour les chambres de commerce, et 3,000 francs et 2 centimes pour les bourses. Dans l'état actuel, et bien que la loi du 23 juillet 1820 n'ait fixé aucun maximum aux centimes à imposer sur les patentables des trois premières classes, les chiffres ci-dessus ne sont dépassés que pour deux budgets. Quatorze chambres de commerce administrent des entrepôts, remorqueurs, grues, conditions de soie, écoles de mousses, dont les dépenses sont acquittées au moyen de taxes autorisées par des décrets, par application de la loi du 23 juillet 1820. Les budgets de ces établissements spéciaux seraient également soumis à l'approbation des préfets.

Digitized by Google

une plus longue analyse; il modifie profondément la législation à laquelle ont été soumises jusqu'à ce jour en France les sociétés commerciales, et à la réglementation presque absolue substitue le régime de l'initiative et de l'action individuelles, qui ne subit d'autres restrictions que celles commandées par l'intérêt des tiers et les nécessités de l'ordre public.

L'exposé des motifs du 28 mars 1865, signé de M. Duvergier, caractérise en ces termes les idées générales qui ont présidé à l'élaboration de la loi :

« D'abord on aurait voulu, dit-il, qu'il fût possible d'accorder au principe de la liberté des conventions un empire absolu.

« C'est assez dire qu'aucune exception n'y a été faite que lorsque l'intérêt même du commerce ou de l'industrie en a démontré l'impérieuse nécessité, ou qu'elle a été commandée par le respect dû aux règles de la morale.

« Une autre pensée qui n'est qu'un corollaire de la première, et qui a dicté l'une des plus importantes dispositions du projet, c'est que l'autorité ne doit point indiscrètement se mêler aux transactions privées, dans la crainte qu'avec le désir louable de donner un concours utile, elle ne fasse que créer des illusions ou des difficultés.

« Enfin, en rappelant les principes généraux, en traçant des règles pour les situations ordinaires, il a paru juste et opportun de traiter avec une faveur particulière une nouvelle espèce d'associations, qui sont aussi recommandables par leurs effets moraux qu'elles peuvent être profitables sous d'autres rapports. »

A ces idées fondamentales correspondent trois groupes de dispositions. Nous en indiquerons brièvement ici les plus importantes, en faisant observer que la commission du Corps législatif n'ayant pas encore déposé son rapport, le projet devra vraisemblablement subir des modifications avant de venir à la discussion publique.

Le titre 1 sur les *Sociétés en commandite par actions*, a pour presque unique objet d'adoucir, tout en sauvegardant les droits des intéressés et des tiers, le régime plus sévère inauguré par la loi du 17 juillet 1856, et de dissiper les inquiétudes qui sont nées mal à propos sur l'application et la portée de cette loi. Il détermine les obligations des membres des conseils de sur-

Digitized by Google

veillance ainsi que l'étendue de leur responsabilité, qui, désormais, ne s'appliquera ni aux actes de la gestion ni aux délits commis par le gérant.

Chaque membre du conseil de surveillance, responsable seulement de ses fautes personnelles dans l'exécution de son mandat, conformément au droit commun, ne sera tenu solidairement avec le gérant des dommages causés à la société et aux tiers, que : 1° lorsque sciemment il aura laissé commettre dans les inventaires des inexactitudes graves; 2° lorsqu'il aura, en connaissance de cause, consenti à la distribution de dividendes fictifs.

Un pouvoir discrétionnaire est attribué aux tribunaux pour proportionner la réparation à la gravité de la faute et à l'importance du préjudice.

La peine de l'emprisonnement, édictée par la loi de 1856 contre les contraventions qui consistent dans l'émission et la négociation d'actions d'une société irrégulièrement constituée, ou dans le fait du gérant qui commence les opérations sociales avant l'entrée en fonction du conseil de surveillance, est supprimée et remplacée par la disposition mitigée des lois des 15 juillet 1845 et 1er juin 1853 sur les chemins de fer, qui bornait la répression à une amende de 500 à 10,000 francs.

En même temps la constitution des sociétés est rendue plus facile par un article qui permet aux statuts de limiter la responsabilité des souscripteurs à la moitié du montant de l'action, et réduit des deux cinquièmes au quart le minimum de versement exigé pour que le coupon d'action soit négociable. Cette dérogation à la loi de 1856 aura pour effet d'assurer aux affaires, à leur début, sans danger pour les tiers ni pour la moralité publique, le concours nécessaire de capitalistes qui, tout en prenant des engagements très-réels, ne veulent pas que leurs fonds soient condamnés à une trop longue immobilité.

Le titre 2 traite de *Sociétés anonymes* et déclare qu'à l'avenir elles pourront se former sans l'autorisation du gouvernement; c'est là l'innovation capitale du projet.

« Longtemps, dit à ce sujet l'exposé des motifs, on a cru que les sociétés anonymes conciliaient tous les droits et tous les intérêts, que l'autorisation et la surveillance du gouvernement donnaient aux capitaux une entière sécurité et offraient

Digitized by Google

aux tiers les meilleures garanties qu'ils pussent avoir. Tout récemment un changement notable s'est opéré dans les esprits, l'intervention de l'autorité publique n'a plus été envisagée de la même manière, on a paru moins touché des garanties qu'elle offrait que des difficultés et des lenteurs qu'elle pouvait faire naître..... Le gouvernement a été convaincu que les progrès des idées et le développement des faits économiques avaient amené le résultat qu'il avait sous les yeux; il a pensé que, moyennant quelques sages précautions, il n'y avait ni inconvénient ni péril à permettre aux sociétés anonymes de se former sans autorisation et de s'administrer sans surveillance par l'administration. »

Cette réforme, qui n'est que le complément quasi-nécessaire de celle déjà réalisée par la loi du 23 mai 1863, sur les sociétés à responsabilité limitée, n'altère en rien, ainsi que le fait justement observer le rapporteur du Conseil d'État, le caractère essentiel et distinctif des sociétés anonymes qui, sous le régime de la liberté comme sous celui de la réglementation, resteront des sociétés de capitaux. Elle a pour le gouvernement l'avantage de l'affranchir vis-à-vis du public d'une responsabilité, que faisait quelquefois remonter mal à propos jusqu'à lui l'autorisation accordée à une société mal dirigée ou mal conçue.

Comme conséquence, un article du projet abroge les articles 31, 37 et 45 du Code de commerce.

La plupart des autres articles du titre 2 sont la reproduction littérale ou avec quelques modifications, presque toujours sans importance, de la loi du 23 mai 1863, qui est également abrogée. Nous croyons seulement utile de mentionner la disposition qui permet de réduire à 1,500,000 francs, s'il excède cette somme, le montant du capital social dont les administrateurs doivent être propriétaires, et supprime la nécessité pour eux de parts égales, — ainsi que celle qui restreint aux entreprises et marchés l'interdiction précédemment faite à ces mêmes administrateurs de se livrer à aucune opération avec la société sans l'assentiment de l'assemblée générale. Les pénalités moins rigoureuses édictées au titre 1 sont déclarées applicables aux sociétés régies par le titre 2.

L'article 45 stipule que les sociétés anonymes, actuellement existantes, continueront à être soumises pendant toute leur

Digitized by Google

durée aux dispositions qui les régissent. Toutefois, elles pourront se transformer en sociétés libres avec l'autorisation du gouvernement.

Le titre 3 pose une exception au principe de la liberté.

Il décide que les associations de la nature des tontines et les sociétés d'assurances sur la vie, mutuelles et à primes, resteront soumises à l'autorisation et à la surveillance du gouvernement; que les autres sociétés d'assurances pourront se former sans autorisation, mais en se conformant aux conditions qui seront déterminées par un règlement d'administration publique.

Le caractère particulier des intérêts qui se groupent dans les associations de la nature des tontines a paru justifier le maintien du régime auquel ces associations, qui ne sont pas de véritables sociétés, ont toujours été soumises depuis leur introduction en France.

Le second article du titre 3 contient une disposition transitoire, analogue à celle admise par le titre 2, pour les sociétés d'assurances aujourd'hui existantes.

Le titre 4 et dernier du projet de loi, que nous étudions, est relatif aux *Sociétés dites de coopération*, qui, après avoir pris naissance sous des formes diverses en Angleterre et en Allemagne, commencent à s'établir et à se développer en France. « Le contrat de société, fait observer l'exposé des motifs, est de tous celui qui se prête le mieux à l'alliance en général si difficile des calculs intéressés et des sentiments généreux. »

C'est de cette alliance que sont nées les associations dont nous avons à nous occuper ici. Bien qu'également praticables pour toutes les classes, elles sont plus particulièrement destinées aux populations ouvrières et laborieuses, auxquelles le caractère spécial que leur reconnaît la loi d'être à personnel mobile et à capital variable, offre un plus facile accès, et dont elles stimulent puissamment l'esprit de prévoyance et d'économie.

Le cercle des opérations de ces sociétés n'est pas limité; elles peuvent s'appliquer à tous les objets si multiples de l'activité commerciale. Cependant d'ordinaire, suivant le but principal de chacune d'elles, on les groupe sous l'une de ces trois catégories : *production, crédit, consommation.*

Le projet présenté par le gouvernement, qui n'a pas du reste

Digitized by Google

« la prétention de contenir le dernier mot de la législation sur la matière, mais seulement de poser des bases que l'avenir rectifiera et complétera, » n'est pas, il faut bien le remarquer, une loi spéciale réglant toutes les conditions d'existence des sociétés de coopération; il se borne à modifier les dispositions qui, dans la législation générale, pourraient faire obstacle à l'établissement ou à la marche de ces associations, les laissant libres de choisir, selon leur objet ou leur goût, la forme qui leur conviendra le mieux.

« Ce système, dit l'exposé des motifs, a paru le meilleur. Il réunit au mérite de la simplicité, de la clarté, l'immense avantage de placer les nouvelles sociétés sous l'empire du droit commun, en leur donnant cependant une liberté plus étendue qu'aux autres lorsque cette extension leur est nécessaire et qu'elle peut être accordée sans inconvénient. »

A peine livré à la publicité, le projet relatif aux sociétés coopératives a soulevé, parmi les divers organes de l'opinion, une vive polémique. La commission du Corps législatif, chargée de son examen, s'en est émue, et a demandé au gouvernement de faire procéder à une enquête. Cette enquête a eu lieu dans l'intervalle des sessions 1865 et 1866, et les résultats en sont consignés dans le nouveau titre 4 (Dispositions particulières aux sociétés de coopération), qui a été présenté au Corps législatif le 18 avril 1866.

L'exposé des motifs, signé de M. le président Duvergier, indique les objections qu'a rencontrées le projet primitif et la portée des modifications qui ont paru devoir y être introduites[1].

Le nouveau projet part, comme le premier, de l'idée que le

[1] « La commission d'enquête a entendu les notables industriels, des jurisconsultes et des économistes distingués, des magistrats consulaires, des membres des chambres de commerce, des administrateurs des grandes compagnies; elle s'est attachée à provoquer les observations des fondateurs des sociétés coopératives et celles des ouvriers, membres ou gérants de ces associations.

« Des renseignements qui ont été ainsi réunis et de l'étude approfondie dont ils ont été l'objet, est résultée pour la commission la conviction que la base sur laquelle repose le projet dont vous êtes saisis doit être conservée, mais qu'elle peut recevoir une certaine extension. » (V. dans l'exposé des motifs l'analyse et la discussion des divers systèmes mis en avant pour remplacer celui du projet de loi.)

Digitized by Google

caractère des sociétés de coopération se détermine par leur objet; il maintient le principe qu'elles doivent rester soumises au droit commun, sauf certaines dérogations destinées à faciliter leur établissement et à assurer leurs progrès; enfin il abandonne à la volonté des parties tout ce qui peut lui être abandonné.

L'article 51 porte que : Les sociétés qui ont pour objet une ou plusieurs des opérations suivantes : acheter, pour les vendre aux associés seuls ou aux associés et aux tiers, des choses nécessaires aux besoins de la vie ou aux travaux de leur industrie; — construire des maisons pour les associés; — ouvrir aux associés des crédits ou leur faire des avances; — vendre les produits des travaux exécutés par les associés, isolément ou en commun; — enfin faire en commun des travaux en exécution de traités ou de marchés; — sont soumises aux dispositions générales qui régissent les différentes espèces de sociétés civiles ou commerciales, sauf les modifications énoncées ci-après.

La loi reconnaît et consacre les deux éléments essentiels de toute société coopérative : la variabilité du capital, la mobilité du personnel, avec cette restriction cependant que l'associé qui se retire, lorsqu'il le juge convenable, reste tenu envers ses coassociés et envers les tiers des engagements contractés à l'époque où il faisait partie de la société; de plus, dans l'intérêt des tiers et du crédit même de la société, un minimum doit être fixé par les statuts au capital social, et la retraite d'un associé ne peut avoir lieu tant qu'elle aurait pour effet de réduire le capital au-dessous de ce minimum. Le capital social peut être formé de parts inférieures à 100 fr., et le versement nécessaire pour la constitution en société anonyme ou en commandite par actions est réduit du quart au dixième. La société est valablement représentée en justice, quelle que soit sa forme, par ses administrateurs ou gérants, et ceux-ci peuvent, en se renfermant dans l'objet pour lequel la société a été constituée, faire tous les actes nécessaires à l'administration des affaires sociales. La mort, la retraite, l'interdiction ou la déconfiture d'un des associés n'entraîne pas la dissolution de la société.

Les formalités pour la publicité des actes des sociétés ont été simplifiées. Le dépôt de l'acte constitutif a lieu au greffe

Digitized by Google

de la justice de paix; il ne doit être inséré que dans un seul journal; le droit est reconnu aux tiers d'obtenir, au siége de la société, un exemplaire des statuts, moyennant une modique rétribution.

Plusieurs déposants avaient insisté dans l'enquête sur la nécessité, pour le développement des sociétés coopératives, que le droit de réunion fût reconnu; l'Empereur a donné satisfaction à ce vœu, lors de l'ouverture de la dernière session législative, en déclarant que l'autorisation de se réunir serait accordée à tous ceux qui, en dehors de la politique, voudraient délibérer de leurs intérêts industriels ou commerciaux, et que cette faculté ne serait limitée que par les garanties qu'exige l'ordre public.

Pour compléter l'énumération des mesures prises ou préparées dans le département de l'agriculture, du commerce et des travaux publics, nous devons encore mentionner le décret du 7 septembre 1864, qui a modifié le règlement intérieur des travaux du Conseil d'État du 30 janvier 1852.

Aux termes de ce décret, les projets concernant, 1° les autorisations de prises d'eau sur les canaux et rivières du domaine public qui ne rentrent pas dans les attributions des préfets; 2° l'établissement des bureaux publics pour le conditionnement des soies, laines et autres matières textiles ne seront plus portés à l'assemblée générale du conseil, sauf les exceptions contenues dans les §§ 20 et 21 article 13 dudit règlement du 30 janvier 1852, mais seront délibérées par les sections administratives auxquelles l'examen préparatoire en était attribué[1].

L'instruction et la décision de ces affaires se trouvent ainsi simplifiées et abrégées dans une certaine mesure.

[1] Sont également délibérés : par la section de législation les projets de décrets ayant pour objet les naturalisations accordées aux étrangers qui remplissent les conditions exigées par l'article 1er de la loi des 3-11 décembre 1849, et les révocations et modifications des autorisations accordées à des étrangers d'établir leur domicile en France; — par la section de l'Intérieur l'établissement des ponts communaux avec péage.

Digitized by Google

II.

CONTENTIEUX.

La juridiction contentieuse a fourni, elle aussi, son contingent à la réforme inaugurée par la lettre impériale de 1863; deux actes considérables doivent fixer notre attention en cette matière : le décret réglementaire du 2 novembre 1864 et la loi du 21 juin 1865.

Décret du 2 novembre 1864. — Ce décret est relatif à la procédure devant le Conseil d'État et aux règles à suivre par les ministres dans les affaires contentieuses.

L'article 1er exempte de tous autres frais que les droits de timbre et d'enregistrement : les recours portés devant le Conseil d'État en vertu de la loi des 7-14 octobre 1790, contre les actes des autorités administratives, pour incompétence ou excès de pouvoirs, ainsi que les recours contre les décisions portant refus de liquidation ou contre les liquidations de pension. Le pourvoi peut être formé sans l'intervention d'un avocat au conseil, en se conformant, d'ailleurs, aux prescriptions de l'article 1er du décret du 22 juillet 1806, lequel détermine les énonciations que doit contenir la requête introductive d'instance. Ces exemptions n'étaient précédemment attribuées qu'aux pourvois en matière de contributions de police du roulage et d'élections.

L'article 2 rend les articles 130 et 131 du Code de procédure civile applicables dans les contestations où l'administration agit comme représentant le domaine de l'État et dans celles qui sont relatives soit aux marchés de fournitures, soit à l'exécution des travaux publics aux cas prévus par l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII. Les articles 130 et 131 sont relatifs aux dépens. Le premier porte que toute partie qui succombera y sera condamnée; le second confère aux juges le pouvoir de compenser, en tout ou en partie, les dépens, si les parties succombent respectivement sur quelques chefs. La disposition de l'article 2 du décret du 2 novembre constitue une modification, sur l'importance de laquelle nous n'a-

Digitized by Google

vons pas besoin d'insister[1]. Il convient seulement d'observer qu'elle ne doit pas être étendue à d'autres cas que ceux nommément spécifiés, et qu'ainsi aucune condamnation aux dépens ne saurait atteindre l'administration lorsqu'elle agit comme exerçant la puissance publique.

Aux termes de l'article 3, l'ordonnance de *soit communiqué* rendue sur un pourvoi au Conseil d'État doit être notifiée par l'auteur de ce pourvoi au défendeur dans le délai de deux mois, sous peine de déchéance.

Doivent être formés dans le même délai (art. 4) : l'opposition aux décisions rendues par défaut, autorisée par l'article 29 du décret du 22 juillet 1806; les recours autorisés par l'article 32 du même décret (pièces fausses ou détention par l'adversaire d'une pièce décisive) et par l'article 20 du décret du 30 janvier 1852 (inobservation des dispositions prescrites par les articles 17 à 24 du décret organique du 25 janvier 1852).

Le délai était antérieurement de trois mois.

Les articles suivants traitent de la procédure devant les ministres considérés comme juges, et en déterminant pour la première fois les règles ainsi que les délais dans lesquels les décisions devront être rendues, auront pour résultat heureux de faire cesser un état de choses à tous égards préjudiciable.

Les ministres font délivrer aux parties intéressées qui le demandent un récépissé constatant la date de la réception et de l'enregistrement au ministère de leur réclamation (art. 5).

Ils statuent par des décisions spéciales sur les affaires qui peuvent être l'objet d'un recours par la voie contentieuse. Les décisions sont notifiées administrativement aux parties intéressées (art. 6).

Lorsque les ministres statuent sur des recours contre des décisions d'autorités qui leur sont subordonnées, leur décision doit intervenir dans le délai de quatre mois à dater de la réception de la réclamation au ministère. Si des pièces sont produites ultérieurement par le réclamant, le délai ne court qu'à dater de la réception de ces pièces.

Après l'expiration de ce délai, s'il n'est intervenu aucune

[1] L'article 42 de la loi organique du 15 janvier 1849 contenait une disposition analogue, abrogée avec cette loi par le décret du 25 janvier 1852.

Digitized by Google

décision, les parties peuvent considérer leur réclamation comme rejetée et se pourvoir devant le Conseil d'État (article 7).

Lorsque les ministres sont appelés à produire des défenses ou à présenter des observations sur des pourvois introduits devant le Conseil d'État, la section du contentieux fixe, eu égard aux circonstances de l'affaire, les délais dans lesquels les réponses et observations doivent être produites (article 8).

Loi du 21 *juin* 1865. — Cette loi règle l'organisation des conseils de préfecture. Le projet, présenté au Corps législatif le 20 avril 1864, a subi divers changements de la part de la commission chargée de son examen. Le Conseil d'État ayant accepté les amendements proposés par elle, nous ne nous occuperons que du texte définif, en nous bornant à observer qu'une des principales modifications a consisté dans l'insertion du décret du 30 décembre 1862 qui a établi, pour les conseils de préfecture, la publicité des séances, le débat oral contradictoire et l'intervention de commissaires du gouvernement.

La loi, du reste, comme le faisait remarquer le rapporteur, M. Roulleaux-Dugage (19 mai 1865), n'est point une loi de principe, mais une loi complémentaire.

Elle a pour objet :

De déterminer la composition des conseils de préfecture, qui compteront 8 membres dans le département de la Seine, 4 dans 31 départements et 3 dans les 57 autres (art. 1);

D'ajouter aux garanties d'une bonne composition du personnel de ces conseils, en fixant les conditions à remplir pour y être admis (art. 2 et 3) ;

D'organiser d'une manière plus stable la vice-présidence exercée jusqu'ici par le doyen d'âge, en faisant désigner annuellement par un décret le conseiller de préfecture qui devra présider en cas d'absence ou d'empêchement du préfet (art. 4) ;

De pourvoir à l'insuffisance du nombre actuel des conseillers par le rétablissement, dans toutes les préfectures, de secrétaires généraux titulaires que l'ordonnance du 1er mai 1832 avait maintenus seulement dans six départements, et qui,

Digitized by Google

malgré les mesures adoptées depuis 1852, manquaient encore à soixante et un [1];

D'étendre la compétence des conseils à quelques cas qui devaient naturellement lui appartenir et qui lui échappaient, plutôt par une erreur de rédaction que par une intention arrêtée du législateur, c'est-à-dire aux affaires contentieuses dont le jugement était attribué au préfet en conseil de préfecture, sauf recours au Conseil d'État (art. 11);

De leur attribuer les mêmes pouvoirs qu'aux tribunaux civils pour assurer la police de leurs audiences et le respect de leur autorité (art. 13);

Enfin de régler quelques formalités de procédure, telles que la disposition qui dispense de l'intervention des avocats au Conseil d'État les recours contre les arrêtés statuant sur des contraventions et de déléguer à un règlement d'administration publique le soin de déterminer provisoirement, sauf sanction législative dans un délai de cinq années :

1° Les délais et les formes dans lesquels les arrêtés contradictoires ou non contradictoires des conseils de préfecture peuvent être attaqués ;

2° Les règles de la procédure à suivre devant le conseil de préfecture, les expertises et les visites des lieux;

3° Ce qui concerne les dépens.

La loi du 21 juin 1865 reproduit en outre, comme nous l'avons indiqué en commençant, les dispositions du décret du 30 décembre 1862 sur la publicité des débats des conseils de préfecture, publicité dont est exempt le jugement des comptes des receveurs des communes et des établissements de bienfaisance.

Le règlement d'administration publique, prévu par l'article 14 de la loi sur les conseils de préfecture, n'est point encore sorti des délibérations du Conseil d'État; les matières, sur lesquelles il devra statuer, nécessitent en effet un examen long et approfondi. Mais il en était différemment de certaines règles de procédure, qu'on pourrait presque qualifier de me-

[1] Le projet du gouvernement ne proposait pas le rétablissement des secrétaires généraux, mais la création de suppléants gratuits permanents; la commission n'a cru devoir admettre de suppléants que dans les cas déterminés par l'arrêté de l'an IX et le décret de 1806 (art. 5 et 6), c'est-à-dire essentiellement temporaires.

Digitized by Google

sures d'ordre, et qui sont relatives à l'introduction des affaires devant les conseils, la formation des dossiers, les communications aux administrations et aux parties intéressées, l'organisation de la séance publique, la rédaction, l'expédition et la conservation des décisions prises.

Tous ces divers points ont été fixés par un décret du 12 juillet 1865, également délibéré en Conseil d'État, et qui a remplacé, par un règlement uniforme applicable à tout l'empire, les arrêtés pris à titre provisoire par le préfet, en exécution du décret du 30 décembre 1862, qui présentaient entre eux certaines divergences [1].

Le nouveau règlement s'est inspiré de cette pensée, signalée dans le rapport de M. le ministre de l'intérieur, qu'il fallait tendre à simplifier autant que possible les règles de procédure, et à éviter les frais, tout en assurant aux parties les moyens de profiter de la précieuse garantie que leur offre la publicité des séances.

III.

ADMINISTRATION DÉPARTEMENTALE ET COMMUNALE.

Nous abordons maintenant un ordre de questions qui, dans e mouvement d'opinions provoqué par les récents projets de décentralisation, ont tenu la première place, et c'est avec juste raison, car toutes les mesures qui ont pour objet d'assurer la bonne gestion des affaires locales, de faire le départ, si difficile en ces délicates matières, entre les droits des mandataires du pays et les pouvoirs nécessaires de l'autorité, exercent non-seulement leur influence sur la prospérité publique, mais aussi et par suite réagissent au premier chef sur les intérêts privés.

Le 16 février 1865, le Corps législatif a été saisi d'un projet de loi relatif aux conseils généraux et aux conseils municipaux.

« Le gouvernement vous propose aujourd'hui, disait l'exposé des motifs signé de M. le président Thuillier, d'étendre le cercle

[1] L'article 18 du décret du 12 juillet 1865 confère à la section du contentieux le droit et les moyens de se faire représenter les pièces déposées au greffe d'un conseil de préfecture, et qui lui semblent nécessaires pour l'instruction d'une affaire dont l'examen lui est soumis.

Digitized by Google

de l'action départementale et communale, et, sauf les seules restrictions que l'intérêt général commande, d'affranchir le pays des excès de la centralisation administrative.

« La centralisation politique est à l'abri de toute atteinte et au-dessus de toute controverse. Auxiliaire et moyen des grandes conquêtes de l'esprit moderne, elle nous a donné l'unité de gouvernement, de territoire, de législation, de justice et d'impôt..... Mais le principe de la centralisation, qui est la base même de notre organisation politique, exagéré, étendu sans raison et appliqué sans mesure aux affaires les plus minimes des communes et des particuliers, deviendrait un véritable anachronisme et une entrave souvent invincible à toute initiative collective ou privée..... Quand vous aurez étendu la sphère d'action des conseils généraux et municipaux, relâché ou brisé les liens de la tutelle officielle, décentralisé en un mot les affaires locales, vous n'aurez pas affaibli le pouvoir, vous l'aurez au contraire grandi et fortifié, en dégageant sa responsabilité qui, selon les paroles de M. le ministre d'État, doit s'appliquer seulement à ce qui touche les intérêts généraux du pays, l'unité du territoire ou les droits de la souveraineté politique. »

Le projet présenté par le gouvernement comprenait à la fois les attributions nouvelles conférées aux conseils généraux et celles dont se trouvaient dotés les conseils municipaux.

La commission, chargée de son examen, a pensé qu'il était plus conforme aux précédents législatifs de faire, des dispositions proposées, deux lois distinctes, et le gouvernement a adhéré à cette modification.

Le projet sur les conseils généraux est le seul qui ait encore subi l'épreuve de la discussion publique, et qui, adopté par le Corps législatif le 27 mai dernier, à la presque unanimité des suffrages, ait reçu force de loi (18 juillet 1866); nous commencerons par en résumer ici les dispositions principales.

On a déjà vu par les extraits, que nous avons donnés de l'exposé des motifs, quels étaient, dans l'esprit du gouvernement, le caractère et la portée du projet de loi. La commission du Corps législatif s'est placée au même point de vue.

« Il ne s'agit pas, dit le rapport de M. Busson-Billaut, d'abandonner un système entré si profondément dans nos mœurs et consacré par une longue et décisive expérience..... Mais, à

Digitized by Google

côté de cette centralisation politique qui assure la grandeur et l'unité de la France, il a paru possible et opportun de diminuer notablement la tutelle organisée par la loi de 1838, et de confier aux conseils généraux la décision des affaires départementales, sans toutefois leur laisser compromettre l'intérêt supérieur du pays. »

La commission a même voulu faire un pas plus avant dans la voie ouverte par le gouvernement, donner une application plus large à la pensée libérale qui avait dicté le projet. Les amendements qu'elle a formulés en ce sens ont été adoptés par le Conseil d'État.

Le réformateur de 1866 s'est proposé, non de changer, mais d'élargir les bases de la législation existante; aussi a-t-il maintenu les trois grandes divisions introduites par la loi du 10 mai 1838 dans les attributions des conseils généraux. Les délibérations seront définitives sur certains points; sur d'autres elles continueront à être soumises à l'approbation du gouvernement; sur d'autres enfin, elles conserveront le caractère d'un vœu ou d'un simple avis. Seulement la première de ces trois divisions a été considérablement étendue; les lois antérieures ne donnaient au vote des conseils généraux un caractère définitif que dans très-peu de cas : répartition des impôts directs entre les arrondissements, jugement des demandes en réduction de contingent, imposition des centimes additionnels autorisés préalablement par la loi (loi du 10 mai 1838), déclaration, sur la proposition du préfet, des chemins vicinaux de grande communication, détermination de leur direction et des communes appelées à y concourir (loi du 21 mai 1836).

Dorénavant les conseils statueront définitivement sur les affaires, dont la nomenclature est donnée ci-après, et pour ces affaires le droit d'initiative leur appartient, sans exclure cependant le droit de proposition que conserve l'administration, et qui restera vraisemblablement le fait le plus commun.

Aux termes de l'article 1er de la loi du 18 juillet 1866, les conseils généraux statuent définitivement sur les affaires suivantes [1] :

§ 1er. Acquisitions, aliénation et échange de propriétés

[1] V. circulaires du ministre de l'intérieur, du 4 août 1866, et du ministre des travaux publics à la même date.

Digitized by Google

départementales, mobilières ou immobilières, quand il ne s'agit pas d'un hôtel de préfecture, ou de sous-préfecture, ou d'un immeuble affecté, soit aux services judiciaires du département, soit au casernement de la gendarmerie; l'approbation des délibérations relatives à ces affaires appartenait précédemment au préfet. Dans le cas où il y aurait lieu de recourir à l'expropriation pour cause d'utilité publique, la procédure établie par la loi du 3 mai 1841 est maintenue.

§ 2°. Mode de gestion des propriétés départementales, qui antérieurement nécessitait l'approbation du préfet.

§ 3°. Baux de biens donnés ou pris à ferme ou à loyer, quelle qu'en soit la durée; le préfet, jusqu'alors, n'était pas tenu de saisir de ces affaires le conseil général.

§ 4°. Changement de destination des propriétés et édifices départementaux, sauf l'exception déjà formulée au premier paragraphe.

§ 5°. Acceptation ou refus de dons et legs faits au département, sans charges ni affectation immobilière, quand ces dons et legs ne donnent pas lieu à réclamation.

§ 6° et partie du § 9°. 1° Service des routes départementales. — Le classement et la direction des routes départementales, ainsi que leur déclassement, sont placés dans les attributions des conseils généraux qui statuent également sur les projets, plans et devis des travaux à exécuter pour la construction, la rectification et l'entretien de ces routes, le tout sauf l'exécution des lois et règlements sur l'expropriation pour cause d'utilité publique. Il n'y a d'exception que pour le cas où la route se prolonge sur le territoire d'un autre département, soit par une voie de communication de même ordre, soit par un chemin de grande communication ou d'intérêt commun; la décision rentre alors dans le domaine du décret.

La disposition qui précède n'abroge pas les formes de procédure et d'instruction prescrites par les lois antérieures, et notamment par celle du 20 mars 1835 et par le décret sur les travaux mixtes du 16 août 1853. Une enquête préalable continue à être toujours nécessaire.

2° Projets, plans et devis de tous autres travaux à exécuter sur les fonds départementaux. — Une exception doit cependant être formulée en ce qui concerne les prisons départementales; tous les projets engageant des questions de système ne

Digitized by Google

sauraient être portés devant le conseil général sans l'assentiment de l'autorité centrale, qui a pour mission de veiller au maintien de l'uniformité des peines dans toute l'étendue de l'empire. Le principe de l'adjudication publique est en outre maintenu pour toute espèce de travaux.

§ 7e et partie du § 9e. Service des chemins vicinaux. — Le conseil général est, en outre des pouvoirs que lui reconnaissait la loi de 1836, investi d'un droit absolu d'initiative. Il reçoit également l'importante attribution de désigner les chemins vicinaux d'intérêt commun ainsi que les communes qui doivent concourir à la construction et à l'entretien desdits chemins, le tout sur l'avis des conseils municipaux et d'arrondissement. Cette désignation s'opérait précédemment sans sa participation. Le préfet conserve les droits que lui confèrent les articles 6 et 7 de la loi du 21 mai 1836 pour la fixation des contingents communaux et l'acceptation des offres faites par des particuliers ou des communes; mais il cède au conseil général la distribution des subventions accordées sur les fonds départementaux aux chemins de grande communication, distribution dont antérieurement il était chargé avec obligation seulement d'en rendre compte.

Le déclassement des chemins vicinaux est soumis aux mêmes règles que celui des routes départementales.

§ 8e. Offres faites par des communes, par des associations ou particuliers pour concourir à la dépense des routes départementales ou d'autres travaux à la charge des départements.

§ 10e. Désignation des services auxquels sera confiée l'exécution des travaux sur les chemins de grande communication et d'intérêt commun, et mode d'exécution des travaux à la charge du département autres que ceux des routes départementales, qui restent confiés au corps des ingénieurs des ponts et chaussées.

§ 11e. Emploi des fonds libres provenant d'emprunts ou d'impositions extraordinaires à recouvrer dans le cours de l'exercice, emploi qui avait antérieurement besoin d'une nouvelle autorisation législative.

§ 12e. Assurance des bâtiments départementaux.

§ 13e. Actions à intenter ou à soutenir au nom du département, sauf les cas d'urgence.

§ 14e. Transactions concernant les droits du département.

Digitized by Google

§ 15e. Recettes et dépenses des établissements d'aliénés appartenant au département, approbation des traités passés avec des établissements privés ou publics pour le traitement des aliénés. — Les attributions conférées aux conseils généraux en cette grave matière sont purement financières; à eux appartiennent le règlement des questions de recettes et de dépenses, le tarif des pensions, la désignation de la part proportionnelle laissée à la charge des communes ou des familles, la fixation de la dépense des aliénés indigents; mais l'administration conserve la direction des asiles et les pouvoirs qu'elle tenait de la loi du 30 juin 1838.

§ 16e. Enfin service des enfants assistés.

Les délibérations prises par les conseils généraux sur les matières relatives aux services des routes départementales et des chemins vicinaux, ainsi qu'à ceux des aliénés et des enfants assistés, sont exécutoires si, dans le délai de deux mois à partir de la clôture de la session, un décret impérial n'en a pas suspendu l'exécution.

A côté du droit de suspension motivé par l'importance particulière de certains services, une disposition générale confère au gouvernement le droit d'annuler les délibérations par lesquelles les conseils statuent définitivement, lorsque ces délibérations, quel qu'en soit l'objet, sont entachées d'un excès de pouvoir ou lorsqu'elles violent la disposition d'une loi ou d'un règlement d'administration publique.

L'annulation doit être aussi prononcée dans le délai de deux mois et par un décret rendu dans la forme des règlements d'administration publique.

Les prescriptions de la loi du 18 juillet 1866, que nous venons d'analyser, sont dès aujourd'hui en vigueur; il en est différemment de ses dispositions financières, dont les nécessités budgétaires de l'État ont fait ajourner l'application à l'exercice 1868. Ces dispositions sont d'une haute importance.

Aux termes de l'article 2, les conseils généraux peuvent voter, dans la limite d'un maximum qui sera annuellement fixé par la loi des finances, des centimes extraordinaires affectés à des dépenses extraordinaires d'utilité départementale. Ils peuvent voter également les emprunts départementaux remboursables, dans un délai qui ne pourra excéder

Digitized by Google

douze années, sur ces centimes extraordinaires ou sur les ressources ordinaires.

Les articles 6, 7, 8, 9, 10 et 11 sont relatifs au budget départemental, dans lequel ils opèrent une profonde transformation.

La loi du 10 mai 1838 divisait ce budget en cinq sections, suivant la nature des recettes et des dépenses : ordinaires, facultatives, extraordinaires, dépenses des chemins vicinaux, et dépenses de l'instruction primaire; elle avait stipulé la spécialité rigoureuse des recettes et des dépenses à chaque section, et n'avait admis à ce principe qu'une dérogation : l'article 16 permettait d'appliquer les centimes facultatifs aux dépenses ordinaires, lesquelles, on le sait, ont un caractère mixte et touchent directement aux intérêts et aux devoirs de l'Etat. Cette faculté était devenue promptement une nécessité onéreuse pour les départements. Les ressources, dont le législateur de 1838 avait doté la première section, s'étaient trouvées insuffisantes, bien que leur chiffre eût été élevé de 8 centimes 2 dixièmes à 10 centimes 5 dixièmes, que le fonds commun constitué au moyen de centimes fournis en nombre égal par tous les départements et centralisés au trésor pour couvrir cette insuffisance dans les budgets où elle pourrait se produire, eût été porté également de 1 centime 6 dixièmes à 7 centimes, et qu'enfin le gouvernement eût rattaché en 1855 au budget général les dépenses ordinaires des prisons.

Le déficit, dû principalement à la nature progressive des dépenses, tandis que les ressources produites par des centimes additionnels aux deux contributions foncière et personnelle mobilière restaient presque immuables, avait exigé sur les ressources de la deuxième section un prélèvement qui, successivement accru, a dépassé 7 millions en 1864; il avait pour conséquence de restreindre singulièrement l'action des conseils généraux qui ne s'exerçait dans sa plénitude que sur les dépenses facultatives. Les préoccupations que la situation ainsi faussée a fait naître dans l'opinion et parmi les pouvoirs publics, ont motivé pour leur part la présentation du projet, qui est devenu la loi du 18 juillet 1866.

Le premier système proposé par le gouvernement[1] n'a pas

[1] Il étendait aux quatre contributions directes les centimes départementaux ordinaires, mais sans aggraver les charges des contribuables pris

Digitized by Google

rencontré l'assentiment de la commission du Corps législatif. La combinaison financière, à laquelle elle s'est arrêtée, repose sur l'idée que le déficit actuel provenant de l'extension des dépenses intéressant l'État plus encore que les départements et réglées définitivement par l'État lui-même, c'est à l'État qu'on doit demander les moyens de rétablir un meilleur équilibre, et que, dans le nouvel état de choses à créer, aucun département ne saurait avoir une situation inférieure à celle qu'il avait sous l'empire de la loi de 1838.

Cette combinaison, acceptée par le Conseil d'État, se trouve formulée dans les dispositions suivantes :

La multiplicité des éléments, dont se composait le budget départemental, en compliquait le mécanisme; il sera désormais organisé sur les mêmes bases que ceux de l'État et des communes et se divisera seulement en budget ordinaire et budget extraordinaire.

individuellement. L'État abandonnait, sur l'impôt des portes et fenêtres et sur celui des patentes, le nombre de centimes nécessaires pour opérer cette égalisation, savoir : sur les patentes, 10 centimes 80 sans affectation spéciale, et 5 centimes 20 à prélever sur le principal; total, 16 centimes; sur les portes et fenêtres, 15 centimes 80 sans affectation spéciale, et 0c,20 sur le principal; total, 16 centimes. Par contre l'État reprenait 9 des 25 centimes frappant les contributions foncière et personnelle mobilière, et affectés aux dépenses ordinaires des départements, qui conservaient sur ces deux contributions une même somme de 16 centimes. L'égalisation était donc obtenue sur les quatre contributions. Avec les 9 centimes dont nous venons de parler, l'État formait un fonds de secours destiné à remplacer le fonds commun et qui s'élevait à près de 5 millions. Cette combinaison ne remédiait pas au défaut d'équilibre entre les dépenses et les recettes ordinaires des départements. Pour le faire disparaitre, le projet de loi donnait aux conseils généraux le pouvoir de créer de nouvelles ressources; d'après l'exposé des motifs (p. 25), le maximum à fixer par la loi des finances pour les centimes départementaux aurait été de 40, savoir :

1° 23 centimes pour les dépenses ordinaires sur les quatre contributions.
2° 7 centimes extraordinaires. . . . . *id.*
3° 8 centimes pour les chemins vicinaux.
4° 2 centimes pour l'instruction primaire.

Dans l'état actuel, les centimes départementaux se composent ainsi qu'il suit (38c,37) :

Deux premières sections du budget, 25 centimes sur les deux premières contributions équivalant sur les quatre à.	18 cent.
Chemins vicinaux.	5 —
Instruction primaire.	2 —
Impositions extraordinaires, chiffre moyen par département,	13,37

Digitized by Google

Les dépenses comprises actuellement dans les 1re, 2e, 4e et 5e sections forment le budget ordinaire. Parmi ces dépenses le nombre de celles dites obligatoires a été singulièrement restreint afin de donner aux conseils une facilité plus grande pour assurer l'équilibre. Elles comprennent seulement : 1° le loyer et l'entretien des hôtels de préfecture et de sous-préfecture ; 2° le casernement ordinaire des brigades de gendarmerie ; 3° les loyer, mobilier et menues dépenses des cours et tribunaux et les menues dépenses des justices de paix. C'est seulement dans le cas où un conseil omettrait d'inscrire à son budget un crédit suffisant pour l'acquittement d'une de ces dépenses qu'un décret impérial, rendu dans la forme des règlements d'administration publique, y pourvoirait au moyen d'une contribution spéciale portant sur les quatre contributions et dans les limites d'un maximum fixé par la loi de finances. A la nomenclature donnée par l'article 10 de la loi du 18 juillet, il convient d'ajouter le service des chemins vicinaux et celui de l'instruction primaire, auxquels est maintenue leur dotation spéciale, et les dettes départementales qui restent soumises aux prescriptions de l'article 20 de la loi du 10 mai 1838.

Les recettes du budget ordinaire se composent :

1° Du produit des centimes additionnels portant sur les contributions foncière et personnelle mobilière, votés par le conseil général dans les limites déterminées annuellement par la loi de finances ; ces centimes comprendront à l'avenir les 7 centimes qui forment aujourd'hui le fonds commun ;

2° Des produits éventuels énoncés aux §§ 5, 6, 7 et 8 de l'article 10 de la loi du 10 mai 1838 ;

3° Du produit des centimes autorisés pour les chemins vicinaux et l'instruction primaire dont l'affectation spéciale est maintenue, mais dont l'excédant, s'il y en a sur les dépenses de ces services, pourra désormais être appliqué aux autres chapitres du budget ordinaire.

Les recettes du budget extraordinaire se composent :

1° Du produit des centimes extraordinaires votés annuellement par le conseil général dans les limites déterminées par la loi de finances ou autorisés par des lois spéciales ;

2° Du produit des biens aliénés ;

3° Des dons et legs ;

Digitized by Google

4° Du remboursement des capitaux exigibles et des rentes rachetées;

5° Du produit des emprunts;

6° De toutes autres recettes accidentelles.

Tout centime additionnel, soit ordinaire, soit extraordinaire, qui serait ultérieurement établi en sus de ceux actuellement autorisés, portera sur toutes les contributions directes [1].

A la place de l'ancien fonds commun supprimé, il est créé sur les ressources générales du budget un fonds, sur lequel les départements, dont la situation financière l'exige, reçoivent une allocation. Le fonds est fixé quant à présent à la somme de 4 millions; la répartition en est réglée annuellement par décret rendu au Conseil d'État. Les départements qui n'auraient pas usé de la faculté, que leur accorde l'article 8, d'appliquer l'excédant libre de leurs centimes des chemins vicinaux et de l'instruction primaire aux autres dépenses du budget ordinaire, ne pourront prétendre à une allocation sur le fonds de secours.

Les prévisions budgétaires devant se trouver souvent modifiées par les faits, le législateur de 1866 a autorisé les conseils généraux à voter un crédit pour dépenses imprévues; il indique aussi la possibilité d'un budget rectificatif, qui serait doté des fonds libres de l'exercice précédent, cumulés avec les ressources de l'exercice en cours d'exécution. Quant aux fonds qui n'auraient pu recevoir leur emploi, ils seront de droit reportés après clôture sur le nouvel exercice avec la même affectation.

L'article 13 de la loi abroge l'exception stipulée par l'article 7 du décret du 25 mars 1852, et rend applicables au département de la Seine les dispositions de ce décret, celles qui viennent d'être ci-dessus énoncées, enfin celles encore en vigueur de la loi du 10 mai 1838.

Toutefois, le département de la Seine ne pourra établir au-

[1] A l'avenir aussi les forêts et les bois de l'État acquitteront les centimes additionnels ordinaires et extraordinaires affectés aux dépenses des départements dans la proportion de la moitié de leur valeur imposable, sans préjudice des dispositions de l'article 13 de la loi du 21 mai 1836 sur les chemins vicinaux et de l'article 3 de la loi du 12 juillet 1865 sur les chemins de fer départementaux (art. 6).

Digitized by Google

cune imposition extraordinaire ni contracter aucun emprunt sans y être autorisé par une loi (art. 14).

La loi du 18 juillet 1866 n'est applicable qu'aux conseils généraux des départements de la métropole; mais un sénatus-consulte du 4 du même mois ainsi qu'un règlement d'administration publique du 11 août, conçus dans le même esprit libéral, ont organisé sur de nouvelles bases les conseils généraux des colonies et déterminé les affaires sur lesquelles ces conseils seront appelés à statuer ou à délibérer en étendant considérablement la nomenclature qui comprend à peu près les mêmes matières qu'en France.

L'article 4 de la loi du 18 juillet confère au conseil général de chaque département le soin de déterminer annuellement le maximum du nombre des centimes extraordinaires, que les conseils municipaux sont autorisés à voter pour en affecter le produit à des dépenses extraordinaires d'utilité communale. Ce maximum ne peut dépasser 20 centimes.

En vertu de l'article 5, chaque année le préfet doit présenter au conseil général le relevé de tous les emprunts communaux et de toutes les contributions extraordinaires communales qui ont été votés depuis la session précédente, avec indication du chiffre total des centimes extraordinaires et des dettes dont chaque commune est grevée.

Le préfet soumet également au conseil général le compte annuel de l'emploi des ressources municipales affectées aux chemins vicinaux de grande communication et d'intérêt commun. La loi ne fait sur ce dernier point que confirmer et conserver l'usage.

Les dispositions qui précèdent touchent, comme on le voit, à l'administration communale à laquelle étaient consacrés les titres 2, 3 et 4 du projet de loi présenté le 16 février 1865 au Corps législatif.

La commission, chargée de son examen, a cru qu'il était plus conforme aux précédents de diviser le projet en deux lois distinctes. Celle relative aux conseils municipaux est encore actuellement soumise à ses délibérations. Nous croyons cependant qu'il sera intéressant pour nos lecteurs d'en analyser ici les points les plus saillants[1].

[1] Nous ne parlerons pas du titre 4 qui règle exclusivement le mode de renouvellement des conseils municipaux.

Digitized by Google

Les attributions nouvelles proposées en faveur des conseils municipaux sont d'une importance moindre que celles accordées aux conseils généraux.

Le système qui maintenait sous un même régime administratif les 37,510 communes dont se compose la France, malgré les situations et les intérêts si dissemblables que présentent d'une part 28,180 petites agglomérations au-dessous de 1,000 âmes, et de l'autre un grand nombre de villes comptant de 10,000 à 350,000 habitants, ce système, qui n'a prévalu en 1837 qu'après discussion, commandait de la part du gouvernement des réserves, et d'autant qu'il s'agit de la gestion d'une fortune dont les revenus, tant ordinaires qu'extraordinaires, ont été en 1862, de 441,416,990 fr., non compris le budget de la ville de Paris qui s'est élevé en recettes, pour le même exercice, à une somme de 162,636,633 [1].

Le projet de loi de 1865 tel qu'il a été soumis au Corps législatif, dans sa séance du 16 février, confère aux conseils municipaux le pouvoir de régler, par leurs délibérations, sur la proposition du maire :

Les acquisitions d'immeubles, lorsque la dépense totale ne dépasse pas dans un exercice le dixième des revenus ordinaires de la commune ;

Les baux à ferme et à loyer d'une durée inférieure à trente ans ;

Les projets, plans et devis de grosses réparations et d'entretien en tant que la dépense totale engagée ne dépasse pas, dans un même exercice, le cinquième des revenus ordinaires, et, en aucun cas, 50,000 francs ;

Le tarif des droits de place à percevoir, soit dans les halles, foires et marchés, soit pour permis de stationnement et de location sur les rues et places ; le tarif des concessions dans les cimetières ; les assurances des bâtiments communaux ; l'affectation des propriétés communales à des services publics ; l'acceptation ou le refus des dons et legs sans charge ni affectation immobilière et ne donnant pas lieu à réclamation.

[1] V. le rapport adressé le 20 mars 1865, à l'Empereur, par M. le ministre de l'intérieur.

Digitized by Google

Lorsque le budget communal pourvoit à toutes les dépenses obligatoires et qu'il n'applique aucune recette extraordinaire aux dépenses, soit obligatoires, soit facultatives, les allocations votées pour dépenses facultatives ne peuvent être ni changées ni modifiées par l'acte qui règle le budget.

Jusqu'à présent la création des ressources extraordinaires était subordonnée à la sanction du pouvoir central. D'après la nouvelle loi, sauf le cas où la dépense atteindrait un chiffre exceptionnel, les affaires de cette nature, dont le chiffre dépasse 6 à 7,000 par an, seraient terminées sur place. En effet, les conseils municipaux régleraient par leur vote : 1° les contributions extraordinaires n'excédant pas 5 centimens pendant cinq ans; 2° les emprunts remboursables en cinq ans sur le produit de ces centimes extraordinaires ou en douze ans sur les ressources ordinaires; 3° la prorogation des taxes principales d'octroi pour cinq ans et leur augmentation jusqu'à concurrence d'un décime pour le même laps de temps sous condition de ne pas dépasser pour chaque taxe le maximum déterminé dans un tarif général qui serait établi par règlement d'administration publique, ni d'imposer aucun objet qui ne serait pas compris dans ce tarif. Ils seraient également compétents pour voter la suppression ou la diminution des taxes d'octroi.

Ces pouvoirs n'auraient d'autre limite que les réserves nécessaires faites par l'article 18 de la loi du 18 juillet 1837 au nom de l'État et dans l'intérêt des tiers.

Les conseils municipaux pourraient voter en outre, sous l'approbation du préfet : 1° les impositions extraordinaires qui dépasseraient 5 centimes sans excéder le maximum fixé par le conseil général ni la durée de douze années; 2° les emprunts remboursables sur ces contributions extraordinaires ou sur les revenus ordinaires pour un délai supérieur à douze années; 3° la prorogation des taxes additionnelles d'octroi déjà existantes et l'augmentation des taxes principales au delà d'un décime.

Seraient seules réservées à la décision du pouvoir central : les impositions extraordinaires dépassant le maximum déterminé par le conseil général, les emprunts remboursables sur ressources extraordinaires dans un délai excédant douze an-

Digitized by Google

nées, et en ce qui concerne les octrois, les créations nouvelles votées par les conseils municipaux, l'approbation des règlements relatifs à leur perception ainsi que les modifications aux périmètres et aux règlements existants, l'assujettissement à la taxe d'objets non encore imposés dans le tarif local, l'établissement ou le renouvellement d'une taxe atteignant des objets non compris au tarif général, ou excédant le maximum fixé par ce tarif.

Ces diverses matières resteraient du domaine du décret; mais si la somme à emprunter dépassait 2 millions ou si ladite somme réunie au chiffre d'autres emprunts non encore remboursés dépassait 2 millions, il devrait être statué par une loi.

Les conseils municipaux délibéreraient sur l'établissement des marchés d'approvisionnement, l'arrêté du maire, pris sur leur avis, serait soumis à l'approbation du préfet; ce fonctionnaire, sur le même avis, autoriserait la création des bureaux de bienfaisance.

Les hospices, hôpitaux et autres établissements charitables, dont la comptabilité est assimilée à celle des communes, ont semblé devoir être admis à profiter des réformes introduites dans l'administration municipale. Le projet renferme des dispositions destinées à simplifier l'instruction de leurs demandes d'emprunt et à modifier la compétence des pouvoirs chargés de les approuver.

Enfin des dispositions spéciales sont édictées pour les villes ayant 3 millions de revenus. Le décret du 25 mars 1852 soustrait d'un côté à l'examen de l'autorité centrale et placé sous le contrôle du préfet l'administration des grandes villes, et de l'autre, par son article 7, il a exclu du bénéfice de ses dispositions le département de la Seine et la ville de Paris. Ce décret a paru au gouvernement avoir trop fait pour les grandes villes dont les affaires présentent une importance et une gravité exceptionnelles, qui appelle l'intervention de l'Etat, pas assez pour les affaires ordinaires de la ville de Paris et du département de la Seine.

En conséquence, le projet de loi propose de soumettre à l'approbation du gouvernement les budgets des villes et établissements de bienfaisance ayant au moins 3 millions de re-

Digitized by Google

venu[1], les traités à passer pour l'exécution des travaux d'utilité publique, et la concession pour une longue durée des principaux services municipaux.

Sous ces réserves, il rend applicables à Paris les dispositions qui régissent l'administration des autres communes de l'Empire.

Avec ce projet de loi, qui, vraisemblablement, comme celui relatif aux sociétés, recevra dans la prochaine session la sanction législative, se termine la nomenclature des mesures déjà adoptées, ou qui sont près de l'être, pour simplifier l'instruction des affaires administratives, en décentraliser l'examen et la décision.

Plusieurs d'entre elles sont considérables et constituent comme une rupture complète avec les traditions, les errements du passé. En apprécier dès à présent toutes les conséquences exigerait une plume plus autorisée que la nôtre, une étude plus approfondie de points que nous n'avons pu qu'effleurer, les données d'une expérience qui fait encore défaut.

Ce que l'on peut et ce que nous avons voulu faire, c'est présenter au lecteur, dans son ensemble et telle qu'elle est sortie des études du Conseil d'État, la réforme qui a pour point de départ la lettre impériale du 24 juin 1863, c'est en caractériser la physionomie générale qui, croyons-nous, peut se résumer ainsi :

Au point de vue économique et industriel, abrogation presque entière de cette tutelle administrative autrefois nécessaire, mais que les progrès en tous genres réalisés depuis un quart de siècle et la diffusion des lumières rendent actuellement pesante aux intérêts qu'elle avait pour but de sauvegarder. Par cette émancipation de l'individu et des associations, l'autorité se trouve déchargée d'une responsabilité dont elle ne pouvait plus remplir toutes les obligations, et à laquelle l'opi-

[1] Le nombre des villes ayant plus de 3 millions de revenu s'élevait, en 1865, à cinq, savoir :

Paris.	130,197,863 fr.	Bordeaux.	4,267,064 fr.
Marseille. . . .	10,473,601	Rouen.	3,595,109
Lyon.	9,088,072		

Après ces villes venaient :

Lille.	2,449,500 fr.	Toulouse.	2,041,136 fr.
Nantes.	2,428,361	(Exposé des motifs, p. 36.)	

Digitized by Google

nion tendait à attribuer une plus grande portée qu'elle n'avait réellement; les intérêts des tiers ont été néanmoins sauvegardés, ainsi que ceux de la société et de l'ordre public.

Au point de vue contentieux, de cette juridiction administrative si contestée, mais qui a reçu du temps et des discussions, qui ont accompagné la loi du 21 juin 1865, une consécration nouvelle, de sérieuses et importantes garanties sont ajoutées à celles que le justiciable tenait déjà du décret du 30 décembre 1862.

Enfin, en ce qui concerne les administrations départementales et communales, elles reçoivent plus d'indépendance, plus d'autorité pour la décision, et par suite la responsabilité des affaires locales, sans que les grands principes constitutifs de l'administration française en soient altérés. Les attributions, dont ces assemblées ont usé avec tant de sagesse depuis trente ans, au grand avantage du pays, sont notablement étendues sans porter aucune atteinte aux droits légitimes de l'État.

Vte H. DE LUÇAY.

CICÉRON ET SA CONCEPTION PHILOSOPHIQUE DU DROIT [1].

Par M. Émile Feitu,
docteur en droit, substitut du procureur impérial à Ploërmel.

I.

Le traité des Devoirs est une des œuvres les plus précieuses que l'antiquité nous ait léguées; c'est un Code de morale sociale. Dans ce livre, qui n'a rien perdu de son intérêt général, Cicéron envisage le droit comme une science morale, et il présente une conception philosophique digne des méditations du jurisconsulte.

Il ne me paraît pas inutile d'appeler sur ce sujet l'attention des esprits sérieux; j'y suis convié d'ailleurs par le beau tra-

[1] *Les Devoirs, essai sur la morale de Cicéron*, par M. Arthur Desjardins avocat général près la Cour impériale d'Aix. — Paris, Didier.

Digitized by Google

vail que M. Desjardins a consacré au traité des Devoirs. Jurisconsulte et magistrat, M. Desjardins ne pouvait manquer de mettre dans tout leur jour les vues philosophiques de Cicéron sur le droit, et de faire ressortir leur importance. La jurisprudence n'est-elle pas en effet, suivant ses expressions, une science philosophique, il est vrai la moins aventureuse de toutes, et la morale n'en est-elle pas dès lors la préface légitime?

On dédaigne trop parmi nous la philosophie du droit, que certains esprits proscrivent sous le nom de droit naturel. L'étude du droit de la nature, considéré comme science particulière, et cultivé surtout à partir du XVIIe siècle sous l'impulsion de Grotius, a rendu des services qu'il serait injuste de méconnaître; elle n'a pas été inutile, dans une certaine mesure et à son heure, pour la cause de l'humanité; enfin elle a produit des œuvres durables; mais elle s'est trop souvent posée en rivale et en adversaire des lois positives, au lieu de leur prêter son appui, et si l'on songe à toutes les conceptions vagues et obscures, à toutes les idées abstraites et stériles qu'elle a enfantées, on peut douter que l'avenir lui appartienne. — Toute autre est la philosophie du droit; — elle est la base de la science; — elle fournit au jurisconsulte une méthode; elle s'incorpore à ses écrits qu'elle anime d'un souffle vivifiant; — elle féconde le droit positif. — C'est bien ainsi que la comprenait Domat, lorsqu'il écrivait dans son livre des *Lois civiles* : « Le droit naturel ne fait pas une espèce de droit distinct des autres; mais il se trouve dans toutes les parties du droit. »

C'est aussi à ce point de vue que Cicéron s'est placé dans le traité des Devoirs; en même temps qu'il s'y montre grand moraliste, il est vraiment le premier philosophe du droit.

Cependant il ne faut pas s'en tenir à ce livre seul, si l'on veut avoir la pensée complète de son auteur. Le droit fut toujours l'objet des méditations de ce grand génie; il fut la préoccupation constante de sa vie. Cette idée du droit a été étudiée, commentée, poursuivie par lui, de sorte que, pour posséder sa théorie complète, on doit joindre au traité des Devoirs ses autres écrits philosophiques, et surtout les traités des *Lois* et de la *République*.

M. Desjardins a parfaitement indiqué le lien qui unit ces œuvres. Avant d'étudier la justice, cette vertu maîtresse qui consiste à pratiquer les préceptes du droit, il est nécessaire de

Digitized by Google

se demander s'il existe un droit, c'est-à-dire une règle obligatoire, impérieuse, s'imposant à la liberté humaine. — Voyons d'abord comment Cicéron a résolu ce problème, qui n'est point purement spéculatif, et dont la solution est même féconde en conséquences pratiques; nous reviendrons ensuite et naturellement au traité des Devoirs, et nous aurons ainsi en substance la conception cicéronienne.

Qu'est-ce que le droit? Quelle est son origine? — Il ne s'agit point ici du droit des murailles et des gouttières ou des formules d'une stipulation. La question serait de mince importance et d'une solution facile. Mais il s'agit de rechercher s'il y a une loi suprême, fondamentale, créée pour tous les siècles, avant qu'aucune loi n'ait été écrite, aucune cité fondée; s'il existe un droit universel, si bien que ce droit particulier, que nous appelons civil, ne soit considéré que comme une partie d'un tout. On voit combien le sujet est grave et véritablement philosophique.

Cicéron déclare qu'il faut, pour expliquer la nature du droit, le puiser dans la nature de l'homme; ce n'est ni dans les Douze Tables ni dans l'édit du préteur qu'il prend sa source, mais dans les profondeurs de la philosophie (*penitus ex intima philosophia*).

Suivons les développements de cette thèse, et commençons par affirmer l'existence d'un Dieu souverainement parfait dont la puissance régit toute la nature. — Cicéron, quoi qu'on en ait pu dire, n'est point un sceptique, ou du moins, suivant la juste remarque de M. Franck, sceptique lorsqu'il dispute, il devient un croyant lorsqu'il se prend à méditer[1]; et alors, en présence de la beauté de l'univers et de l'ordre des choses célestes, il proclame l'existence d'un Être excellent, éternel, digne du respect et de l'admiration du genre humain.

L'homme a été engendré par ce Dieu avec une noble condition; seul, de tous les animaux, il est participant de la raison et de la pensée : *particeps rationis et cogitationis*. Or, quoi de plus divin que la raison, qui arrivée à son perfectionnement se nomme la sagesse, la raison principe supérieur qui nous présage une autre destinée? — Ton corps est mortel, ô Sci-

[1] Séances de l'Académie des sciences morales, compte rendu par M. Ch. Vergé, t. XXVIII, p. 205.

Digitized by Google

pion, mais toi tu ne l'es pas; cette forme sensible, ce corps fragile, ce n'est pas toi. L'âme de l'homme, voilà l'homme, et non cette figure que l'on peut montrer du doigt. Apprends donc que tu es Dieu, car celui-là est Dieu qui sent en lui la vie, qui se souvient, qui prévoit, qui gouverne et meut le corps dont il est le maître, comme le Dieu suprême gouverne le monde.

Si rien n'est meilleur que la raison, et si l'homme a été créé avec cet attribut divin, il en résulte une première société de raison de l'homme avec Dieu. — Est-il nécessaire d'insister sur cette vérité? Ne serait-ce pas faire violence à notre conscience, au sentiment universel, que de la méconnaître? — Il y a bien des espèces d'animaux; il n'y en a aucun, excepté l'homme, qui ait quelque connaissance de Dieu; mais aussi, parmi les hommes, il n'y a pas de nation, si sauvage et si féroce qu'elle soit, qui, si elle ignore quel Dieu il faut avoir, ne sache qu'il faut avoir un Dieu; — d'où il résulte que, pour l'homme, reconnaître Dieu c'est reconnaître et se rappeler en quelque sorte d'où il est venu.

Il y a donc une ressemblance de l'homme avec Dieu, *similitudo;* — que dis-je, la parenté la plus étroite, *propior cognatio.*

Cette société, cette ressemblance, cette parenté sont fondées sur la raison; — la raison, loi commune à Dieu et aux hommes, avec cette différence qu'elle est coéternelle à Dieu et parfaite en Dieu, tandis que chez l'homme, dont la nature est progressive, elle se développe par degrés et tend au perfectionnement, à ce perfectionnement qui s'appelle la sagesse.

Si l'homme, lorsque son intelligence faible d'abord s'est fortifiée, a conscience de la droite raison; si, par cette droite raison, il est en communion avec Dieu, comment ne pas reconnaître que le droit est dans la nature, en d'autres termes, que l'homme trouve en lui-même la *loi* qui doit le diriger dans la conduite de la vie?

Plus tard, Montesquieu dira d'une manière profonde : « Les lois, dans leur signification la plus étendue, sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses, et dans ce sens tous les êtres ont leurs lois : la Divinité a ses lois, le monde matériel a ses lois, les intelligences supérieures à l'homme ont leurs lois, les bêtes ont leurs lois, l'homme a ses lois. »

Digitized by Google

Mais ne nous arrêtons pas à considérer chaque homme individuellement; portons nos regards sur la société et la liaison des hommes entre eux.

Y a-t-il rien de si semblable que nous le sommes les uns aux autres? Quelque définition qu'on donne de l'homme, elle vaut pour tous les hommes. La raison en effet, par qui seule nous l'emportons sur les bêtes, est commune à tous comme faculté d'apprendre. Ces notions premières, ces *intelligences ébauchées*, que j'ai trouvées imprimées dans mon âme, le sont dans toutes également. — Quelle conséquence faut-il tirer de là? — C'est que la société n'est pas un fait artificiel, contingent, mais un fait nécessaire et divin. — Ce n'est pas le hasard qui a créé la société; ce n'est pas non plus la faiblesse naturelle de l'homme. — Cicéron, dans sa jeunesse, avait été séduit par l'idée d'un état antésocial; il en fait maintenant justice. « Les abeilles, dit-il élégamment dans le traité des Devoirs, ne se groupent pas en essaims pour faire le miel, mais elles font le miel parce qu'elles se groupent naturellement en essaims; de même et plus encore les hommes groupés par la nature mettent en commun leurs pensées et leurs efforts. » Remarquons-le, Cicéron est ici en avance sur dix-neuf siècles, sur Hobbes, Bentham, Rousseau et Montesquieu lui-même, dont le grand génie se laissera prendre à la chimérique hypothèse d'un état de nature.

Ainsi la société existe parce qu'il y a un lien nécessaire entre les hommes; ce lien, c'est la raison. — Et comme la raison qui rapproche l'homme de Dieu, qui est la loi de l'homme dans ses rapports avec Dieu, est nécessairement la droite raison, *recta ratio*, la raison qui rapproche l'homme des autres hommes est nécessairement aussi la même droite raison, c'est-à-dire, le droit.

Telle est la conception profonde de la loi, avec son caractère divin.

Si la loi qui unit l'homme aux autres hommes est la même que celle qui unit l'homme à Dieu, il en résulte que cette loi est universelle et immuable dans son essence. — Les hommes sont donc égaux; l'unité de loi emporte l'unité de droit : *inter quos porro est communio legis, inter eos communio juris.* Le droit n'est autre chose que l'égalité, et cette égalité est la base de la société : *ad participandum alium ab alio, communican-*

Digitized by Google

dumque inter omnes, justos natura nos esse factos. — Mais ce n'est pas assez, pour obéir à la nature, aux vues providentielles, de maintenir la société par le respect de l'égalité, il faut la perfectionner; les hommes doivent, non-seulement respecter le lien que Dieu a établi entre eux, mais le resserrer encore davantage; ils doivent être unis, non-seulement par la société de droit, mais par un lien d'indulgence et de bienveillance mutuelles.

Si donc tous les hommes suivaient la nature, suivaient leur *loi*, ils pratiqueraient également le droit; ils penseraient que rien d'humain ne leur est étranger.

C'est là malheureusement un état idéal; la corruption des mauvaises habitudes étouffe ces étincelles que la nature a mises en nous. — De là les systèmes imaginés pour placer le droit ailleurs, et qui n'ont d'autre but que de favoriser nos penchants vicieux.

Où donc est le droit, s'il n'est pas dans la nature, si on ne le considère pas comme un présent divin? — Est-il dans les institutions et les lois des peuples? Quoi! même les lois des tyrans! même les décrets de Sylla! Quelle aberration!... Le vol serait donc de droit, et l'adultère et le faux testament, s'ils s'appuyaient sur le suffrage d'une multitude en délire? Et si la vertu n'est pas commandée par une loi écrite, on s'abstiendra donc de pratiquer la vertu?

Il n'était écrit nulle part qu'un seul homme sur un pont dût résister à une armée ennemie, et faire couper le pont derrière lui; en penserez-vous moins que ce fût la loi du courage qui commandait à Horatius Coclès? Il n'y avait pas à Rome, sous le règne de Tarquin, de loi écrite contre l'adultère; Tarquin n'a-t-il pas fait violence à Lucrèce au mépris de la loi éternelle?

La crainte sera-t-elle alors le mobile de nos actions? Si le droit n'est pas dans la loi écrite, dépendra-t-il de la sanction de la loi, c'est-à-dire la peine? Non, l'homme que la peine éloignera de l'injustice ne sera pas un homme juste; dans ce cas, il suffira de bien calculer et d'éviter le châtiment. Mais il n'en est rien encore, car l'homme injuste est poursuivi par les angoisses de sa conscience.

Le droit se fonde-t-il sur l'intérêt? Mais alors il sera détruit par un autre intérêt. On détruira aussi le culte envers Dieu,

Digitized by Google

qui ne doit se fonder ni sur l'intérêt ni sur la crainte, mais sur le lien qui unit l'homme à Dieu.

Le droit réside-t-il dans l'opinion? Mais la diversité des opinions, les dissentiments des hommes nous troublent et nous font éprouver le besoin d'une règle fixe. Si le droit est dans l'opinion, il est subordonné à l'inconstance, au caprice de chacun; il n'est plus le lien qui unit les hommes; ce système aboutit à la destruction de l'état social.

Ou le droit n'est pas, ou il est dans la nature. En un mot, il existe par lui-même; il est indépendant de la crainte, de l'opinion, de l'intérêt; il doit donc être recherché pour lui-même.

Et ce droit, encore une fois, quel est-il?

C'est une raison émanée de la nature des choses, qui ne commence pas à être loi du jour seulement qu'elle est écrite, mais du jour qu'elle est née; or, elle est née en même temps que l'intelligence divine; c'est la droite raison du Dieu suprême, la raison qui est parfaite en Dieu, perfectible chez l'homme et qui reçoit dans l'esprit du sage tout le développement et toute la perfection que comporte l'humanité [1].

Mais relisons la définition de la République : « Il existe une loi suprême, fille de la raison, conforme à la nature, universelle, immuable, éternelle; sa voix nous mène au bien, nous éloigne du mal; les méchants y restent sourds, mais les bons ne l'entendent jamais en vain; cette loi, nul ne peut y déroger ou l'abroger, le sénat et le peuple sont impuissants à nous en délier; elle n'a besoin ni d'interprète ni de traducteur, car elle est la même dans Athènes et dans Rome, la même aujourd'hui, la même demain. Cette loi perpétuelle, invariable, unique, embrasse tous les peuples et tous les âges; c'est leur maîtresse, c'est leur reine, c'est leur Dieu. Le législateur qui la méconnaît se méconnaît lui-même et foule aux pieds la nature humaine. »

Cette définition ravissait les Pères de l'Église; ils y voyaient le témoignage d'une âme naturellement chrétienne (*testimonium animæ naturaliter christianæ*).

Quand plus tard saint Thomas d'Aquin, Bossuet et Montesquieu voudront déterminer le caractère de la loi, ils ne diront ni mieux ni autrement que Cicéron.

[1] « L'homme de bien ne diffère de Dieu que par la durée, » dit Sénèque (*de la Providence*, c. 1).

Digitized by Google

En Dieu réside la loi éternelle, c'est-à-dire la raison du gouvernement de toutes choses (*ratio gubernationis rerum in Deo*). La loi naturelle est la participation de la créature raisonnable à la loi éternelle (*participatio legis æternæ in rationali creatura*), l'impression de la lumière divine en nous (*impressio divini luminis in nobis*). — Ainsi s'exprime l'Ange de l'École.

— « Le droit, dira à son tour Bossuet, n'est autre chose que la raison même, et la raison la plus certaine, puisque c'est la raison reconnue par le consentement des hommes. » Et il ajoutera : « C'est un effet admirable de la Providence qui régit le monde que toutes les créatures vivantes et inanimées portent leur loi en elles-mêmes... S'il est ainsi que toute la nature ait sa loi, l'homme a dû aussi recevoir la sienne; et ces lois particulières, ayant toutes leurs secrets rapports avec la loi éternelle, qui réside dans le Créateur, font que tout marche en concours et en unité, suivant l'ordre immuable de sa sagesse. »

Ainsi enfin, Montesquieu, après avoir, comme Cicéron, puisé la notion de la loi dans les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses, ajoutera comme lui : « La loi en général est la raison humaine en tant qu'elle gouverne tous les peuples de la terre; et les lois politiques et civiles de chaque peuple ne doivent être que les cas particuliers où s'applique cette raison humaine. »

Venons maintenant au traité des Devoirs; de la notion de la loi descendons à l'application.

La justice est cette vertu qui consiste à pratiquer les règles du droit.

Or, le droit a pour objet le maintien de la société, et la société repose sur l'égalité de tous les hommes. — Pratiquer le droit, c'est respecter cette égalité; supprimer l'égalité, c'est abolir le droit. *Jus semper quæsitum est æquabile; neque enim aliter esset jus.*

Mais il ne suffit pas de maintenir la société, il faut encore la fortifier et resserrer le lien social.

Tel est donc le rôle de la justice, qui est la source la plus féconde de l'honnête, et qui se décompose en deux branches, dont l'une est la justice proprement dite, le plus beau rayon de la vertu, la première qualité de l'homme de bien, et dont l'autre est la bienfaisance, qu'on peut aussi appeler la bonté ou la générosité.

Digitized by Google

La justice nous impose deux devoirs.

Le premier, — négatif, — est de ne pas faire de mal à autrui, si ce n'est dans le cas d'une juste défense[1].

Le second, — positif, — est de rendre à chacun ce qui lui est dû, d'user en commun des biens qui sont communs, et de n'user en propre que de nos biens particuliers.

Dans l'une et l'autre de ces règles se trouve contenue l'obligation de respecter la propriété. — Que la propriété dérive de la victoire, de la loi, d'un pacte ou d'une ancienne occupation, c'est toujours un droit sacré. On a dit que le travail est la seule cause légitime d'acquisition; mais précisément l'occupation suppose un acte matériel d'appropriation, une prise de possession définitive, c'est-à-dire le travail. — La propriété est ainsi respectable parce qu'elle est l'expression de notre personnalité et qu'elle a son fondement dans la nature humaine, loin d'être une création factice de la loi.

C'est à ce titre aussi que l'on doit respecter le testament. Cicéron n'en dit rien dans le traité des Devoirs, mais il a fait connaître ailleurs sa pensée. — Le testament répond à un besoin de notre nature; c'est l'expression d'un sentiment qu'il serait indigne d'étouffer. « Comprend-on une volonté plus inhumaine que celle de l'homme proférant ces mots : *Après moi que tout périsse.* C'est au contraire un devoir de songer à ceux qui viendront après nous, et de pourvoir à leur avantage pour l'amour d'eux-mêmes, *propter ipsos.* » — L'homme d'ailleurs est possédé d'un immense désir d'immortalité; le testament est pour lui un moyen de se survivre, d'attester son âme immortelle. « *Quid testamentorum diligentia, nisi nos futura etiam cogitare?* »

Ainsi ces deux choses se tiennent, l'acquisition de la propriété par le travail, et la faculté d'en disposer pour le temps où l'on ne sera plus; c'est toujours la personnalité humaine qui s'affirme; et quand Verrès, non content d'arracher les biens aux vivants, arrachait aux morts leurs volontés, son accusateur pouvait lui crier avec une éloquente indignation qu'il violait le droit dans tous. *Eripis tu voluntatem mortuis, bona viventibus, jus omnibus!*

[1] C'est ainsi que j'entends, avec M. Paul Janet, le texte de Cicéron : *Ne quis cui noceat, nisi lacessitus injuria.* M. Desjardins incline au contraire à lui donner une interprétation littérale.

Digitized by Google

Respectons donc le droit de propriété dans toutes ses manifestations; gardons-nous surtout d'y voir une œuvre arbitraire du législateur humain; n'est-ce pas au contraire pour la protection de ce droit que les cités ont été fondées, que les lois ont été écrites? — Cicéron est pénétré de l'excellence de la propriété; pour lui, il n'y a rien de plus nécessaire que sa garantie et sa conservation; le salut des sociétés est à ce prix. — Il est revenu souvent sur cette idée dans ses écrits, et ce n'est pas là que les rêveries communistes ont pu jamais chercher un point d'appui. — « Le droit civil n'est autre chose que l'équité constituée à l'effet de garantir à chaque citoyen la possession de son patrimoine, » disait-il dans ses Topiques. — La terre est comme un théâtre où chacun est maître de la place qu'il occupe, écrit-il ailleurs. — Mais c'est surtout dans le traité des Devoirs qu'il insiste. — L'objet propre de la cité, c'est que chacun jouisse de son bien librement et avec sécurité. C'est là ce qui préoccupera avant tout le magistrat; c'est la propriété qu'il s'attachera à protéger. — A chacun le sien; celui qui usurpe sur autrui ne viole pas seulement le droit d'un seul, mais le droit de la société humaine : *violabit jus humanæ societatis.*

Comprend-on cette équité qui ôte un champ à celui qui le possède depuis des années pour le donner à celui qui n'en eut jamais? J'aurai acheté ou bâti une maison, je l'aurai embellie ou réparée, un autre viendra jouir de mon bien malgré moi; on arrachera aux uns pour donner aux autres! Est-ce là la justice qui doit envelopper tous les hommes dans une égale protection (*omnes æqualitate eadem continere*)?

Non, c'est le mépris du droit! — Or, de même que l'égalité de droit, au milieu de la diversité des conditions, produit l'harmonie, pareille à un concert où la flûte et la lyre, le chant et les voix marient leurs sons divers dans un mélodieux accord, de même la violation de l'égalité, acte contraire à la nature, tend à la destruction de la société qui est le grand objet de la nature. — Si chaque membre de notre corps était organisé de manière à penser qu'il s'en porterait mieux en attirant à lui la substance du membre voisin, il s'ensuivrait bientôt et nécessairement l'affaiblissement et la mort du corps entier. De même si chacun de nous attirait à lui le bien d'autrui, ce serait la ruine du corps social.

Digitized by Google

Quoi! le sage sur le point de mourir de faim ne pourra pas enlever le pain d'un homme qui ne serait d'aucune utilité au monde? Non certes, car ma vie m'est encore moins utile que la disposition de mon cœur à ne nuire à personne pour mon intérêt particulier.

Voilà donc les préceptes : — Nous devons respecter l'homme, le respecter dans sa personne, le respecter dans son patrimoine, qui est l'extension de sa personnalité et qui s'identifie en quelque sorte avec elle.

Tel est le devoir de la justice.

Et puisque la justice tend par la pratique de ce devoir au maintien de la société, il en résulte qu'elle à un caractère d'universalité et qu'elle doit s'appliquer à tous les membres du corps social.

Soyons justes envers les étrangers. Ceux qui nous croient obligés envers les citoyens et nous affranchissent de toute obligation envers les étrangers, anéantissent la société elle-même et avec elle toutes les vertus sociales. Rien ne justifie la conduite de ceux qui interdisent aux étrangers le séjour de la cité. Qn'on réserve aux citoyens les droits des citoyens, rien de mieux; mais qu'on expulse les pérégrins, c'est un acte contraire à l'humanité.

Soyons justes même à l'égard des ennemis. — D'abord, que la guerre soit légitime et régulièrement engagée (*justum*); — ensuite, que l'ennemi soit protégé quand il est vaincu, que les assiégés qui déposent leurs armes, même quand la brèche est faite, soient épargnés; — enfin, que l'on observe religieusement les traités, mais en ayant soin de s'attacher à leur esprit plutôt qu'à leur lettre. — Un citoyen même que les circonstances mettent dans le cas de faire des promesses à l'ennemi, est tenu de garder fidèlement sa foi, comme fit Régulus dans la première guerre Punique. Pris par les Carthaginois, et envoyé à Rome pour l'échange des prisonniers, il jura de revenir. D'abord, en arrivant à Rome, il conseilla au sénat de ne point rendre les captifs, — chose bien digne d'admiration! — ensuite, malgré les supplications de ses proches et de ses amis, il aima mieux retourner au supplice que trahir la foi donnée à l'ennemi.

Enfin, observons la justice même envers les esclaves (*operam exigendam, justa præbenda*). Cicéron, plus avancé qu'A-

Digitized by Google

ristote, ne légitime pas l'esclavage. — Que dis-je? il le condamne formellement; s'il faut être juste pour l'esclave, s'il a des droits, c'est qu'il a une personnalité et compte parmi les hommes. — Le principe est donc bien posé, mais nous sentons les réserves dans l'application. Ce qui manque ici, c'est cette énergie philosophique, qui inspirera à Sénèque des paroles comme celles-ci : « L'homme est sacré pour l'homme : *homo res sacra homini.* — Dieu descend aussi bien dans l'âme d'un pauvre esclave que dans celle d'un sénateur. — Qu'est-ce qu'un chevalier romain, un affranchi, un esclave? Des noms inventés par l'ambition ou par la violence. »

En résumé, la justice doit être observée à l'égard de tous les hommes, parce que tous sont égaux, et qu'elle tend à maintenir, par le respect de cette égalité de droit, l'harmonie sociale.

Le centre dans lequel fonctionne cette vertu est donc plus large que la famille, que la cité; c'est la société entière. — On comprend dès lors que ses règles ne comportent pas une application étroite et mesquine.

Avant tout, ce qu'il importe de considérer, c'est la bonne foi. Là est le fondement de la justice. Soyez de bonne foi, vous serez juste, car votre intérêt particulier se confondra avec l'intérêt général, et tel est précisément le but de l'état social. *Necesse est secundum eamdem naturam omnium utilitatem esse communem.*

Ce marchand qui va vendre du blé à Rhodes en temps de disette, et qui ayant vu des vaisseaux chargés de blé mettra à la voile pour Rhodes, ne fait pas connaître cette circonstance et en profite, n'est pas de bonne foi. S'il n'est pas inquiété par la loi positive, il subira du moins les reproches de sa conscience, car tout ce qui est permis n'est pas honnête. *Est enim aliquid quod non oporteat etiamsi licet.*

Il n'est pas de bonne foi non plus ce propriétaire qui met en vente une maison malsaine et mal construite sans en prévenir l'acheteur. — Que dirons-nous de Pythius qui ne vend sa maison à Canius qu'après une insigne fourberie?

Voici des exemples pris dans un autre ordre d'idées : — Je suis votre dépositaire; vous devenez fou; serai-je tenu de vous rendre le dépôt? Je serais en faute au contraire si je vous faisais cette restitution. — Je dois vous assister dans un procès,

Digitized by Google

mon fils tombe malade; si vous exigiez ma présence, vous manqueriez à la bonne foi.

On pourrait multiplier les espèces; mais ce qu'il importe de considérer, c'est la pensée qui en ressort. — Voici une règle nouvelle : c'est qu'il ne suffit pas pour être juste de ne pas violer les préceptes de la législation positive, de satisfaire étroitement à la lettre d'une loi ou d'une convention. — La conscience, la bonne foi imposent d'autres obligations. On ne devra pas tromper, même quand la tromperie n'est pas punie par la loi; non-seulement on ne trompera pas, mais on s'abstiendra de toute dissimulation. — Poursuivons la mauvaise foi, poursuivons le dol sous toutes ses formes, car il n'y a pas de plus grand fléau pour la société. *Nullum genus quod majorem humanæ societati pestem inferat quam dolus malus.*

Ainsi en même temps que le cercle d'application du droit s'élargit, son application elle-même devient plus large. Le droit, qui n'est plus seulement dans la cité, n'est plus seulement dans une formule, et Rome étonnée entend cette maxime qui est toute une révolution : *Summum jus, summa injuria.*

La notion de la justice est-elle cependant complète? Non pas encore. Ne perdons pas de vue la notion de la société. Non-seulement c'est un devoir pour les hommes de ne pas se nuire et de ne pas altérer le lien social, mais ils doivent s'entr'aider et fortifier ce lien; ne sont-ils pas du même sang, *consanguinei?* (Le mot était dans le traité des Lois, et nous a été conservé par Lactance.)

Montrons donc le chemin au voyageur égaré; laissons-lui allumer son flambeau au nôtre, qui n'en éclairera pas moins pour avoir allumé le sien. — Ne laissons pas se commettre une injustice, car nous y participerions par cette abstention coupable. Celui qui ne s'oppose pas à un acte injuste est aussi condamnable que s'il abandonnait ses amis, ses parents, sa patrie.

Travaillons sans relâche à l'utilité commune; soyons bienfaisants les uns pour les autres; aimons-nous les uns les autres (*ad diligendos homines*). Ne sommes-nous pas faits pour agir, pour aimer?

Si la justice est la vertu sociale par excellence, n'est-ce pas parce qu'elle repose sur l'amour des hommes (*caritas homi-*

Digitized by Google

num), ce qui est le premier but que tout homme doit se proposer (*quia nihil homini debet esse antiquius*)?

Pourrait-elle exister sans cette charité, cet amour de l'humanité (*ipsa caritas generis humani*)? « Ce sentiment, dit Cicéron dans son traité *De finibus*, commence d'abord par l'amour des pères pour leurs enfants, puis, joignant les familles par les liens du mariage et de l'affinité, il s'étend au dehors, d'abord par les branches des parentés plus éloignées, ensuite par des alliances et des amitiés contractées, par les liaisons que forme le voisinage, par l'usage commun des mêmes coutumes et des mêmes lois, par les traités et les confédérations d'un peuple avec un autre, et enfin par le lien général de tous les hommes ensemble (*totius complexu gentis humanæ*). Au milieu de cette union universelle se développe la justice, étendant libéralement sa protection sur tous (*munifice et æque tuens*), et ayant pour cortége la piété, la bonté, la douceur, la bienfaisance. »

Voilà donc la justice proprement dite, complétée et vivifiée par un sentiment plus pur et plus ardent, la contemplation et l'amour de l'humanité. — Et si l'on se rappelle que Cicéron recommande d'aimer et de pratiquer la justice jusqu'à mourir pour elle, s'il en est besoin; qu'il ne cesse de repéter avec Térence : *homo sum, atque nihil humani a me alienum puto;* si on le considère, à la fin du premier livre des Lois, attendant et appelant dans un magnifique langage le moment où l'âme, affranchie de toute obéissance envers le corps, aura étouffé la volupté comme la souillure du beau, et embrassant une religion pure (*puram religionem*), se sera associée à ses semblables par le lien de la charité (*societatem caritatis coierit cum suis*) : pareille à ces âmes pieuses dont parle Bossuet, « qui contemplent ensemble à découvert les lois éternelles d'où les nôtres sont dérivées, et qui, si quelque légère trace de nos faibles distinctions paraît encore dans une si simple et si claire vision, adorent Dieu en qualité de justice et de règle; » — si enfin nous nous reportons à ce fragment de la République, où après avoir représenté la justice comme une vertu toute en dehors, se répandant sur le monde entier, il se prend à regretter que Chrysippe n'ait rien écrit à ce sujet de grand ni de magnifique, et où il ajoute : « Il était digne de ces héros de la philosophie de combattre pour une vertu qui doit être la plus

Digitized by Google

généreuse et la plus libérale de toutes, qui préfère toujours les autres à soi-même, qui vit pour les autres plus que pour soi (*quæ omnes magis quam se ipsa diligit, alii nata potius quam sibi*), il était digne d'eux de lui tendre la main, de la relever et de la faire asseoir non loin de la sagesse sur un trône immortel (*in divino solio*); — comment ne reconnaîtrons-nous pas que cet ancien a eu le sublime pressentiment de la charité évangélique?

Telle est, dans son harmonieuse synthèse, la conception cicéronienne. — Elle est sans doute incomplète : il manque à sa base une démonstration de la liberté, une analyse complète de cette personnalité humaine dont Cicéron est pénétré; on regrettera encore, avec M. Desjardins, que le philosophe, après avoir indiqué l'origine du droit, ne se soit pas préoccupé d'en fixer l'étendue et n'ait pas fait une théorie des droits; il y a d'autres lacunes à signaler et des réserves à faire; mais je n'examine pas ici ce qui manque. — Ce que je considère, ce sont les grandes vérités que Cicéron a reconnues et enseignées : Dieu et la raison parfaite et éternelle en Dieu; cette raison, fondement de la société de l'homme avec les autres hommes, et, comme conséquence, la nécessité de l'état social; l'égalité de tous les hommes soumis à une même et immuable loi; la justice ayant pour objet de faire régner cette égalité et d'assurer par là le maintien de la société; le respect de la personnalité humaine et du droit de propriété qui en est l'expression, ce respect poussé jusqu'au sacrifice; la bonne foi recommandée comme la règle des conventions; la haine du dol et de la fraude; enfin, à côté de la justice ou plutôt conjoint à elle, un sentiment d'humanité et d'universelle bienveillance, pour ne pas dire encore de charité. — Voilà le simple et lumineux ensemble qui se dégage des écrits de Cicéron. Rendons grâce surtout à ce philosophe d'avoir mis dans tout son jour l'unité morale du genre humain. En plaçant la justice sur cette base solide, il lui a vraiment donné un trône immortel.

II.

On peut apprécier la valeur d'une théorie philosophique par l'empire qu'elle exerce sur les idées. Quel a été à Rome le rôle de la conception cicéronienne? Quelle a été son influence

Digitized by Google

sur la législation? Ce travail de rapprochement a été fait par Laferrière; mais après avoir étudié avec soin l'œuvre de Cicéron, qu'il considère comme le fondateur de la philosophie du droit, l'historien s'est surtout préoccupé de l'action du stoïcisme en général sur la jurisprudence [1]. Cette étude a pris les tendances trop exclusives d'un système; elle devait rencontrer des contradictions. — Sans aller jusque-là, n'est-il pas permis de rechercher si, par son œuvre personnelle, Cicéron a exercé une action directe sur les esprits? Ce sera sans doute encore suivre la voie tracée par l'illustre et si regrettable écrivain; seulement, au lieu d'être une thèse, ce ne sera qu'un simple aperçu, moins systématique, mais plus vrai.

On sait que dans le principe, à Rome, la conception du droit a été toute civile; le droit n'existe que pour cette agrégation politique et religieuse qu'on nomme la cité; il se confond avec elle. La cité se compose d'un certain nombre d'agrégations organisées à son image, ayant comme elle une constitution aristocratique et théocratique. Dans chaque *domus* règne le *paterfamilias*, qui a un pouvoir absolu, despotique, et sur les personnes qui se groupent autour de lui, à savoir la femme et les enfants courbés sous un même niveau à ce point que la mère est considérée comme la sœur de ses enfants, et sur ces êtres qui n'ont aucune personnalité, les esclaves, et enfin sur tous les biens qui se trouvent dans la *domus* (*solus in domo dominium habet*). — Cette puissance du père se prolonge après sa mort en ce qui concerne le patrimoine; il peut exhéréder ses enfants (*uti legassit, ita jus esto*). Le testament est envisagé, non comme une œuvre d'affection, mais comme un acte politique; et celui qui dispose pour le temps où il ne sera plus est obligé de soumettre à la sanction du peuple réuni dans ses comices la loi qui désigne le continuateur de sa personne juridique et de son culte domestique. Que s'il n'y a pas de testament, c'est encore le lien de puissance et non le lien du sang, que la loi considère pour régler la succession, et les agnats recueilleront le patrimoine au détriment de parents plus proches, des enfants, par exemple, qui sont sortis par émancipation de la famille civile.

[1] Académie des sciences morales, recueil Vergé, t. LI, p. 193; t. LII, p. 5, et t. LVI, p. 375.

Digitized by Google

Ce caractère civil et politique se retrouve dans le droit des choses et dans celui des obligations. Il n'y a de propriété que pour les citoyens (*dominium ex jure quiritium*), et cette propriété ne s'applique qu'au territoire de la cité (*ager romanus*) et aux choses de ce territoire. Pour l'acquérir, pour la transmettre, il est nécessaire d'avoir recours à certains modes spécialement organisés par la loi. C'est la puissance publique qui intervient dans la mancipation, aliénation solennelle faite devant des témoins citoyens, un porteur de balances également citoyen, et avec des paroles sacramentelles. C'est encore la puissance publique qui se manifeste dans la *cessio in iure*, procès simulé devant le magistrat.

Comme la propriété, l'obligation a un caractère absolument civil. C'est d'abord le *nexum*. Il faut pour s'obliger une opération solennelle, un simulacre de vente, un porte-balance chargé de peser le métal ou de feindre une pesée, des témoins citoyens et enfin la *nuncupatio* sacramentelle : *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita jus esto.* — L'antique *nexum* a promptement disparu, mais il en restera de sensibles vestiges. Que l'on s'oblige *re, verbis, litteris*, il sera facile de reconnaître dans cette dation, dans cette écriture ou dans ces formules des dérivés de l'ancien mode *per æs et libram*.

En un mot, la volonté ne suffit pas pour s'obliger; l'élément spirituel doit être revêtu d'une enveloppe matérielle, d'une forme civile (*causa civilis*); alors l'obligation constitue le lien le plus rigoureux (*vinculum juris*) et elle engendre au cas de non-exécution la contrainte par corps la plus dure; dans le cas contraire, il n'y a aucun lien, alors même que le consentement mutuel existe de la manière la plus manifeste.

Le même esprit exclusif, le même formalisme symbolique apparaissent dans la procédure, c'est-à-dire dans les modes organisés pour faire valoir les droits en justice. Rien de plus étrange, de plus rigoureux que les actions de la loi, et en particulier l'action *sacramenti*. — Le propriétaire qui revendique sa chose engage avec son adversaire un combat simulé (*manuum consertio*); il tient à la main une baguette en souvenir de la lance, symbole de la propriété quiritaire; il est obligé d'employer les formules consacrées; s'il réclame des vignes (*vites*) au lieu de se servir du mot *arbres* (*arbores*) employé par la loi, il perdra son procès.

Digitized by Google

Enfin cette procédure ou plutôt ce droit tout entier portent l'empreinte pontificale. C'est la destinée de tous les peuples à leurs commencements d'être soumis à cette influence, avec ses mystères, ses rites inaccessibles au vulgaire [1]. Ce sont les pontifes qui rédigent les formules et qui en sont les interprètes; ce sont eux qui reçoivent le *sacramentum* ou la somme consignée par les plaideurs; ce sont eux qui gardent à leur profit l'argent déposé par celle des parties qui succombe dans le combat judiciaire; ils interviennent dans les testaments, dans les adoptions, dans presque tous les actes judiciaires. « C'était, dit l'auteur de la *Cité antique*, une vérité reconnue qu'on ne pouvait pas être un bon pontife si l'on ne connaissait pas le droit et réciproquement que l'on ne pouvait pas connaître le droit si l'on ne savait pas la religion; droit et religion ne faisaient qu'un. »

Tel est donc le droit romain à l'époque des Douze Tables, exclusif et étroit comme la famille, comme la cité, grossier et dur, formaliste et symbolique, politique et sacerdotal.

Plaçons-nous maintenant à l'époque de Cicéron, et considérons les changements qu'a subis cet état de choses; l'orateur lui-même nous facilite singulièrement cette tâche par ses écrits.

Deux grands événements se sont produits : les plébéiens ont triomphé dans leur lutte avec les patriciens, et Rome a triomphé du monde. De ces deux événements est sortie l'émancipation du droit.

Le triomphe des plébéiens a brisé l'enveloppe aristocratique et pontificale qui dérobait aux regards de tous les secrets de la législation. Cette réforme ne s'est point faite en un jour, pas plus que la plèbe n'a remporté la victoire en un jour. Du temps de Cicéron, il y a toujours des actions de la loi, mais poursuivies de plus en plus par la haine et les risées populaires.

[1] « Le rapport intime entre les vieilles croyances des anciens et les règles antiques du droit privé, entre les rites qui dérivent de ces croyances et les institutions politiques, » telle est la thèse que vient de développer M. Fustel de Coulanges, dans son livre de la *Cité antique*. Ce livre n'est pas seulement l'œuvre d'un historien, c'est en même temps (chose assez rare pour être signalée) l'œuvre d'un jurisconsulte. L'auteur a su, avec une remarquable sagacité et une science profonde, éclairer l'histoire par les lois, et les lois par l'histoire.

Digitized by Google

Notre orateur a retracé dans le discours *Pro Murena* la procédure de l'action *sacramenti*, et il en a fait l'objet de ses spirituels sarcasmes.

La conquête du monde n'a pas eu sur le droit une influence moins considérable que l'affranchissement de la plèbe. — Quand les étrangers affluèrent dans Rome, il fallut leur donner un magistrat spécial. Ce magistrat commença sans doute par statuer sur les contestations entre les seuls pérégrins. Il devint ainsi naturellement législateur, ou du moins « pour juger l'étranger il dut se faire étranger lui-même, » suivant les expressions de l'auteur de la *Cité antique*. Se trouvant en présence d'un droit nouveau, le droit des gens, il eut à le régulariser, à en exposer et commenter les règles principales dans son édit. — Lorsque les Romains allaient au Forum, ils pouvaient ainsi connaître, en lisant l'édit du préteur pérégrin, les règles pratiquées par les peuples qu'ils avaient conquis. Ce fut toute une révélation pour eux. Ils s'aperçurent, en les comparant avec leur loi des Douze Tables, qu'il existait un droit plus large, plus équitable, plus humain qu'ils n'avaient pas soupçonné. Aussi, sans nul doute, quand les citoyens eurent des contestations avec les étrangers, ils furent les premiers à solliciter cette juridiction plus douce et plus libre du préteur pérégrin. — Le préteur urbain ne tarda pas à faire des emprunts à l'œuvre de son collègue. Lorsque dans son édit il transporta certaines règles du droit des gens pour suppléer aux lacunes du droit civil, rien ne parut plus naturel; ce jour-là cependant il devenait législateur, il usurpait; mais cette usurpation ne froissait pas l'esprit public.

Enfin, un jour, un magistrat plus hardi que les autres, se sentant soutenu davantage par l'opinion, à la faveur de l'esprit philosophique dont Rome recevait le souffle de la Grèce, se mit décidément en opposition avec le vieux droit, et alors commença cet admirable travail du droit prétorien, qui sera toujours pour l'historien et le jurisconsulte un sujet d'étonnement; œuvre de lente et patiente élaboration, dans laquelle le préteur procède par tâtonnements, moins en vertu de principes arrêtés que des impulsions de sa conscience, moins préoccupé de la science que des résultats, aux prises avec des difficultés de toute sorte, avec la routine, avec les préjugés, avec une loi dont il est tenu de respecter le texte, tout en l'éludant à force

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

à l'opinion (*potius substantiam quam opinionem*); on ne considérera pas ce qui se fait à Rome, mais ce qui doit s'y faire : *non tam spectandum est quid Romæ factum est quam quid fieri debeat.*

Le droit est aussi indépendant des lois écrites. La loi civile, dit Gaïus, ne doit pas corrompre les droits naturels : *ratio civilis jura naturalia corrumpere nequit.* Paul exprime une conception encore plus profonde : *Regula est, quæ rem quæ est breviter enarrat; non ex regula jus sumatur, sed ex jure, quod est, regula fiat.* Le droit n'a pas sa source dans la règle écrite, mais la règle doit être faite d'après le droit qui est. Le jurisconsulte définit le droit : ce qui est, *jus quod est,* comme l'Écriture définit Dieu : Je suis celui qui suis. Ne séparons pas ces deux notions : Dieu et le droit qui lui est coéternel se définissent par leur conception même.

La justice est une vertu qui consiste dans la volonté ferme de pratiquer constamment les préceptes du droit, et ces préceptes se réduisent à trois : vivre honnêtement, ne léser personne, attribuer à chacun le sien. — Les jurisconsultes ont soin de faire rentrer l'honnête dans les règles du droit. On leur en a fait un reproche que je n'ai jamais compris. C'est là, dit-on, un précepte de morale. Et qu'importe? Le second et le troisième précepte n'appartiennent-ils pas aussi à la morale? Mais ils appartiennent en même temps au droit, qui s'en empare pour leur donner la sanction sociale. « La morale est dans le droit et au delà du droit; elle va plus loin que lui, mais partout où il est, elle doit être, » a dit un jurisconsulte qui a dignement interprété les lois romaines.

Les jurisconsultes de Rome n'ont garde de réduire leur science à de mesquines proportions. Pour eux, le droit est sans doute établi en vue des hommes (*hominum causa omne jus constitutum est*), mais il émane de Dieu qui en a déposé les préceptes dans nos consciences. Le jurisprudent s'élèvera donc jusqu'à Dieu pour descendre de cette contemplation à l'étude de la nature de l'homme. C'est dans cette double étude, dans cette intime et vraie philosophie (*veram philosophiam, non simulatam affectans*) qu'il trouvera les règles du droit, de l'*æquum et bonum.* Ainsi je comprends la célèbre définition d'Ulpien, et elle ne me paraît pas trop ambitieuse. La science du juste et de l'injuste suppose la connaissance de Dieu et de

Digitized by Google

l'homme. Le droit se trouve élevé à la dignité de science morale, et son enseignement devient un sacerdoce.

Ce ne sont point là des maximes sans portée, espèce de placage (le mot est échappé à M. Pellat) que les jurisconsultes auraient appliqué au frontispice de leurs livres; ce sont vraiment, au contraire, des principes dirigeants auxquels ils sont demeurés fidèles. — Nous ne pouvons les suivre dans toutes le parties de la science; rappelons du moins quelques-unes de leurs règles concernant l'état des personnes, la propriété, les obligations.

Pour ce qui concerne les personnes, l'influence des jurisconsultes se manifeste à la fois dans leurs écrits et dans les constitutions qu'ils suggèrent aux empereurs.

L'esclavage subsiste; mais les jurisconsultes, qui ont proclamé que la liberté est une faculté de droit naturel, en concluent que la servitude établie par le droit des gens est contre nature, et s'ils sont impuissants à la détruire, ils s'efforcent au moins de l'adoucir dans l'application. — Qu'est-ce que les esclaves d'après le droit civil? Rien (*pro nullis habentur, fere mortalitas*). Il en est autrement d'après le droit naturel; ils ont une personnalité; ils peuvent obliger naturellement les autres envers eux et s'obliger à leur égard. — Ils ont une personnalité, même à l'égard du maître. Cicéron l'avait dit, trop timidement sans doute : il y a des devoirs de justice à observer envers eux. — Une constitution enlève aux maîtres le droit de forcer leurs esclaves à combattre contre les bêtes. Adrien défend de les mettre à mort sans une condamnation du magistrat, et il relègue pour cinq ans une femme qui avait traité les siens avec barbarie pour des motifs futiles. Antonin le Pieux punit comme homicide tout maître qui aura tué un de ses esclaves, et, dans son rescrit à Ælius Marcien, il prend des mesures pour empêcher des traitements trop cruels. — Tout cela a été écrit sous l'inspiration des jurisconsultes qui posent des règles comme celles-ci : Dans le doute, on répondra en faveur de la liberté; — une fois que la sentence aura été rendue *pro libertate*, elle ne sera plus rétractée; — la liberté est un bien inestimable; — elle est plus favorable que toutes choses; — et surtout cette maxime de Papinien, qui semblerait empruntée au traité des Devoirs, si ce n'était plutôt une de ces belles pensées qui jaillissent naturellement des belles âmes : Il importe à l'homme

Digitized by Google

d'artifices et de ruses; mais œuvre poursuivie avec une infatigable persévérance, sous l'inspiration d'une équité bienveillante (*æquitatis benignitas*) et qui, façonnée plus tard par la main savante des jurisconsultes, deviendra un modèle d'équité juridique.

Cicéron a eu la plus grande part dans ce mouvement, par ses écrits, par ses plaidoyers, par son influence personnelle, par ses relations avec les préteurs.

Il fut l'ami d'Aquilius Gallus, qui fit les célèbres formules contre le dol, et de Servius Sulpicius; il fut lui-même préteur, et il écrivit, au commencement de son édit, qu'il jugerait suivant l'équité. — Le droit civil, avec ses rigueurs et son formalisme, perdait chaque jour du terrain, mais il y avait encore bien des résistances; il faut consulter plusieurs des plaidoyers de Cicéron, si nous voulons avoir l'histoire de ces luttes en même temps que l'opinion personnelle de l'orateur. Ce qu'il défend, c'est la cause de l'équité contre les antiques préjugés. — Lisons le *Pro Murena*. Apres avoir raillé les anciens jurisconsultes, il continue ainsi : « Ils ont fait du droit civil une science de mots et laissé de côté la justice. » Lisons encore le *Pro Cæcina;* Cicéron y marque parfaitement la lutte entre l'esprit de routine et l'esprit nouveau, entre les jurisconsultes qui veulent réduire la science du droit à des mots et ceux qui demandent une interprétation plus large de la loi; il se rallie évidemment à ces derniers. « Est-il une loi, dit-il, un sénatusconsulte, un testament, une stipulation qui ne pourraient être enfreints ou entièrement détruits, si nous voulions assujettir les choses aux paroles (*ad verba rem deflectere*)? Nous ne pourrons plus même commander dans nos maisons si nos esclaves, avant de nous obéir, sont libres de s'attacher à la valeur rigoureuse des termes et non au sens que leur donne l'usage. » La conclusion de l'orateur est la même que dans le *Pro Murena :* « On doit s'attacher à ce qui est le plus équitable, à ce qui a en soi le plus d'autorité. »

Cicéron était un savant jurisconsulte[1], et l'on comprend

[1] Ce n'est pas là ce que dit M. Gaston Boissier. D'après lui, « Cicéron n'a jamais bien su la jurisprudence, et trouvait plus commode de s'en moquer que de l'apprendre. — Trebatius, au contraire, était très-fort en droit, et rendait beaucoup de services à Cicéron. » (*Cicéron et ses amis*, p. 309.) — Ce sont là des allégations de pure fantaisie, que l'on est surpris de trouver dans un ouvrage d'ailleurs fort distingué.

Digitized by Google

civile; l'amour des enfants (*charitas liberorum*) l'emporte sur l'antique discipline des camps; c'est le sentiment naturel qui reprend le dessus.

Mais voici le danger. Si on relâche la discipline, que deviendra la famille dans cette société débordée par les mauvaises mœurs? La famille naturelle, au moment où elle remplace la famille antique, ne va-t-elle pas être elle-même anéantie? Le sentiment de l'honnête, de la dignité, du respect, tel est le frein que les jurisconsultes essayent d'opposer à cette immoralité toujours croissante.

La femme, autrefois en tutelle quand elle n'était pas sous la puissance (*in manu*) de son mari, a été affranchie de l'une et de l'autre par les mœurs; elle a secoué le joug; ce qu'elle a gagné en liberté, elle l'a perdu en considération. Mais entre le mariage rigoureux et le mariage libre trop facilement rompu par le divorce, il y a une union dans laquelle la femme est l'égale de l'homme en honneur et en dignité. C'est cette union que préconisent les jurisconsultes : *consortium omnis vitæ, divini atque humani juris communicatio.*

La puissance paternelle est chaque jour diminuée, mais elle gagnera aussi en dignité ce qu'elle perd en étendue. Si le père doit au fils l'*officium pietatis*, le fils est tenu à l'égard du père d'une piété respectueuse. Que la personne du père soit toujours sainte et vénérée, dit Ulpien : *Semper honesta et sancta persona.* C'est une loi à laquelle n'échappent point les fils militaires. — La mère était autrefois considérée comme la sœur de ses enfants; elle est maintenant associée au père dans le droit au respect. Ainsi le veut la nature : *Inter matrem et filium pietatis ratio secundum naturam salva esse debet.* — Au reste, ce n'est pas seulement dans les relations du fils avec le père et la mère que les jurisconsultes recommandent le respect; il y a une grande loi qu'ils ne cessent d'enseigner, c'est celle du respect de soi-même et de la dignité humaine. Ils se préoccupent de ce qui est honnête encore plus que de ce qui est permis (*non solum quod licet, sed quid honestum sit*). La définition qu'ils donnent de la considération (*existimatio*) indique l'importance qu'ils y attachent : *dignitatis illesæ status, legibus ac moribus comprobatus.* Aussi, par respect pour l'humanité, n'admettent-ils pas que l'on puisse légèrement et sur de simples indices faire perdre cette considération. « Nous ne devons pas croire

Digitized by Google

théories sont romaines[1]. Gardons-nous donc d'exagérer, en lui attribuant une part trop large, l'action de la philosophie stoïcienne, ainsi que l'a fait Laferrière, qui a d'ailleurs écrit de si belles pages sur Cicéron et la philosophie du droit.

Cicéron lui-même, plus que tout autre, par ses écrits contribua à conserver à la législation de Rome son caractère national. En même temps qu'il poursuivait un but idéal, il ne cessa de recommander le respect de la légalité. Après avoir lu le premier livre du traité des Lois, lisons ceux qui suivent. Quel contraste et, pour qui ne voudrait pas comprendre, quelle contradiction! Là, Cicéron est l'homme de l'avenir; ici, c'est l'homme du passé, faisant le panégyrique de l'ancienne constitution, et la présentant comme un objet de vénération à ses concitoyens. Dans un autre de ses ouvrages, il écrit qu'il n'y a rien de supérieur à la loi des Douze Tables, qu'elle remplace à elle seule toutes les bibliothèques. Cette loi doit être respectée comme le dernier et le plus précieux débris de l'antique Rome; seulement elle demande à être vivifiée par l'équité. S'il fait l'éloge d'Aquilius Gallus et de Servius Sulpicius, c'est qu'ils n'ont pas séparé le droit civil de l'équité. — On voit que le philosophe n'a ni voulu ni rêvé une transformation complète pour le droit de sa patrie; dans sa pensée, ce droit devait rester national; le maintien de la loi existante ne lui paraissait pas incompatible avec le progrès philosophique; lui-même par ses œuvres me paraît avoir imprimé en ce sens au mouvement prétorien sa direction définitive, si bien que le magistrat, dans ses plus grandes hardiesses, a pu toujours s'appeler la loi vivante (*viva vox juris civilis*).

Mais gardons-nous de tomber dans une autre exagération et de méconnaître l'esprit philosophique du droit romain, comme l'a fait le savant doyen de l'École de Paris. — Plus cette législation est originale, plus elle est romaine, plus il faut admirer que les jurisconsultes, aux prises avec des obstacles de toute nature, avec le texte immuable et sacré de la loi des Douze Tables, avec les traditions et les préjugés, l'aient cependant pénétrée du sentiment de l'équité, qu'ils l'en aient pénétrée à ce point que, suivant les expressions d'un écrivain, dans ce mélange de ce qui est toujours vrai et de ce qui n'est

[1] Compte rendu par M. Vergé, t. LII, p. 66.

Digitized by Google

que réel, de ce qui est absolu et de ce qui est humain, rien ne se détache et les combinaisons paraissent homogènes, tant l'étreinte est forte [1]! Si je voulais en effet marquer par un mot l'esprit de la jurisprudence romaine à cette grande époque, je dirais que ce qui s'en dégage, c'est l'équité juridique, c'est-à-dire l'idée du droit, de l'*æquum et bonum*, conçue par la raison naturelle, prenant sa source dans une observation réfléchie de la nature de l'homme, dans l'étude des rapports qui en résultent entre lui et ses semblables, dans un sentiment profond de l'égalité. — C'est cette idée du droit dont les jurisconsultes poursuivent la réalisation, au service de laquelle ils apportent une merveilleuse puissance de raisonnement, une logique inflexible dans les déductions, une souplesse infinie dans l'interprétation, l'analyse la plus fine, souvent la plus subtile, enfin, comme pour réaliser en même temps l'idée du beau, s'il est vrai, ainsi que l'a dit Hegel, que le beau consiste dans l'identité de l'idée et de la forme, une langue d'une clarté et d'une précision saisissantes, le véritable style juridique; c'est cette idée dont en définitive, malgré bien des difficultés et bien des défaillances, ils assurent le triomphe.

Là est le rôle vraiment philosophique de la jurisprudence romaine; et, sous ce rapport, Cicéron, en donnant le premier à la science du droit un fondement rationnel, a été pour les jurisconsultes un initiateur et un maître.

III.

On voit que je ne me suis pas éloigné de Cicéron et de sa conception philosophique; je voudrais y revenir encore, et surtout au traité des Devoirs et à son savant interprète. « Si l'on songe, dit M. Desjardins, à la trace lumineuse que le grand orateur laissa dans toute la littérature latine, il n'est pas douteux que ses conseils n'aient eu quelque influence sur la transformation du droit romain. La législation de Rome païenne dépouilla sa rude enveloppe nationale pour devenir la plus humaine et la plus universelle entre toutes celles qui précédèrent la Révolution française, et Cicéron, dans le traité des Devoirs, est le rédacteur du premier projet de réforme qui soit parvenu jusqu'à nous. »

[1] Lerminier, *Introduction à l'histoire du droit*, p. 24.

Digitized by Google

Mais on peut croire que le dol suppose un fait actif; non, le vendeur ne commet pas seulement un dol lorsqu'il emploie des obscurités de langage pour tromper l'acheteur, mais encore lorsqu'il dissimule par ruse (*qui insidiose obscure dissimulat*). Les jurisconsultes condamnent toute espèce de dol (*varios et dolosos*); il ne faut pas en effet que l'homme honnête, mais simple, soit dépouillé par un homme improbe, mais rusé. — Dans leur analyse si délicate et si fine des fautes, le dol est toujours impardonnable. Il n'est pas permis de stipuler qu'on ne sera pas tenu de son dol; une pareille stipulation *turpem causam continet.* — Toutes les conventions contraires à l'honnêteté, aux bonnes mœurs, sont sévèrement proscrites. Il ne saurait y avoir de mandat pour une chose honteuse; — il n'y a pas de société, lorsqu'elle est contractée dans un but déshonnête, par exemple pour faire des opérations frauduleuses : *Quia bona fides contraria est fraudi et dolo.*

Mais aussi cette bonne foi, qui fait proscrire la fraude, commande une interprétation libérale lorsque la convention est licite. Il est grave en effet de manquer à la bonne foi (*grave est fidem fallere*). Or qu'y a-t-il de plus conforme à la foi humaine que de garder les conventions? *Quid tàm congruum fidei humanæ quam ea quæ inter eos placuerunt servare?* L'obligation est un lien d'équité, *vinculum æquitatis;* celui-là doit, dont nous avons suivi la foi : *Is natura debet, quem jure gentium dare oportet, cujus fidem secuti sumus.*

C'est pour faire triompher ces principes, dans la mesure de leurs forces, que les jurisconsultes ont donné des règles d'interprétation rationnelle, applicables tant aux lois écrites qu'aux conventions qui sont les lois des parties.

La science des lois, nous disent-ils, ne consiste pas à savoir seulement leurs paroles, mais aussi à apprécier leur force et leur puissance (*vim ac potestatem*). Aussi n'est-il pas convenable de répondre et de juger avant d'avoir examiné toute la loi. C'est agir en fraude de la loi que de s'en tenir à la rigueur de ses termes pour la circonvenir dans son esprit; c'est calomnier le droit civil, suivant l'énergique expression de Paul : *Non oportet jus civile calumniari, neque verba ejus captari.* — On doit de même rechercher la volonté plutôt que de s'en tenir aux termes dont se sont servis les contractants. Si la loi ou la

Digitized by Google

que, grâce à l'autorité dont il jouissait, il a dû exercer une action importante sur la jurisprudence prétorienne de son temps; mais, en produisant sa conception philosophique du droit, il travaillait surtout pour l'avenir. Son œuvre, que Gibbon considère avec raison comme le point initial d'une période nouvelle, inspirera surtout les grands jurisconsultes. Arrivons donc, si nous voulons la voir porter ses fruits, à l'époque de Marc-Aurèle, de Septime-Sévère et d'Alexandre Sévère, c'est-à-dire de Gaïus, de Papinien, d'Ulpien et de Paul.

Il existe, dit Gaïus, un droit civil et un droit des gens; le premier est le propre de la cité, le second régit toutes les nations. Le premier est celui que chaque peuple s'est institué, le second a pour base la raison naturelle, *ratio naturalis;* il est né avec le genre humain; il ne peut être changé par l'autorité du sénat; il est immuable par essence. — Cette notion est incomplète; le jurisconsulte confond le droit naturel et le droit des gens, et cette confusion le conduit à légitimer l'esclavage. — Ulpien adopte, au contraire, la division tripartite, et si sa notion du droit naturel est fausse dans sa trop grande généralité, il en fait sortir du moins de graves conséquences. Il a tort sans doute de comprendre dans ce droit l'union des sexes et la procréation des enfants; mais ce qu'il importe de remarquer, c'est qu'il y comprend aussi l'égalité et la liberté : Tous les hommes naissent libres : *utpote cùm jure naturali omnes liberi nascerentur;* tous naissent égaux : *et cùm uno naturali nomine homines appellarentur.* — Voilà de grandes vérités proclamées à la faveur d'une définition inexacte; voilà l'égalité reconnue comme fondement du droit.

Ulpien et les autres jurisconsultes sont pénétrés de ce sentiment d'égalité. D'après le droit naturel, répète Ulpien, tous les hommes sont égaux : *Quod ad jus naturale attinet, omnes æquales sunt.* La nature a établi entre eux une sorte de parenté, *cognationem quamdam,* dit avec plus de précision Florentin.

Qu'est-ce donc que ce droit qui repose sur l'égalité? C'est l'art de ce qui est bon et équitable, *ars æqui et boni.* Paul dit mieux encore; il identifie la notion du droit avec celle de l'équité : le droit, c'est ce qui est toujours équitable et bon : *Quod semper æquum et bonum est, jus dicitur.*

Le droit est donc indépendant de la coutume et de l'opinion : est à la substance des choses que l'on s'attachera et non pas

Digitized by Google

facilement, dit Papinien, les faits qui blessent notre piété, notre honneur, notre délicatesse, et généralement les faits contraires aux bonnes mœurs. »

On voit que les jurisconsultes ont, suivant l'expression d'un de leurs interprètes, « le respect pour tout ce qui est grand, noble et bon, » qu'ils ne perdent pas de vue le premier de leurs préceptes : *honeste vivere.*

Suivons-les dans leur théorie des droits de patrimoine, nous les retrouvons fidèles à leurs préceptes fondamentaux. Comme Cicéron, ils ont au plus haut degré le respect de la propriété (*suum cuique tribuere*). Ulpien écrit même que tout le droit se ramène à ces trois choses : conserver, perdre ou aliéner. Aussi tout ce qui rattache à la propriété a été de leur part l'objet de théories complètes et savantes. Ils s'appliquent surtout, en développant les modes naturels d'acquisition, à dégager ce droit des entraves de l'ancien formalisme. Pour eux, en effet, la propriété est un droit naturel ayant son principe dans l'occupation (*dominium ex naturali possessione cœpisse Nerva ait*), et ce qui légitime l'occupation, c'est le travail. — Je citerai comme un exemple saillant leur décision relative au spécificateur. Une personne transforme un bloc de marbre qui ne lui appartient pas en statue, ou un lingot de métal en vase de fonte, à qui appartiennent désormais la statue et le vase? Il y a eu controverse, mais on a fini par admettre que le propriétaire du lingot garderait le vase, tandis que la statue appartiendrait au sculpteur. C'est que tant que la matière peut être ramenée à son état primitif, elle n'est pas définitivement occupée. Si au contraire la substance primitive est détruite sans retour, il y a vraiment un objet nouveau, entièrement distinct du premier; l'ouvrier, en transformant la matière par son travail, l'acquiert par droit d'occupation. — Ainsi les jurisconsultes considèrent la propriété comme une expression de la personnalité humaine.

C'est aussi comme un acte de liberté qu'ils envisagent le testament, en même temps que comme un devoir de piété pour le père de famille. Le testament n'appartient plus seulement au droit public, c'est encore une loi privée pour laquelle on se préoccupe surtout de la volonté du disposant (*voluntatis nostræ justa sententia; testatio mentis*). De là des formes plus libres pour tester; de là plus de liberté dans l'interprétation; de là

Digitized by Google

enfin des règles plus larges concernant la capacité du testateur. Il est inique (*iniquum*), dit le jurisconsulte Paul, d'enlever à un homme sain d'esprit la faction de testament. Il est de l'intérêt public que les jugements suprêmes des hommes (*suprema hominum judicia*) reçoivent leur exécution. Les dernières volontés des morts demandent à être interprétées largement (*plenius*). On ne doit pas sans doute s'éloigner arbitrairement des termes; mais lorsqu'il est manifeste que l'expression n'est pas en rapport avec la pensée du testateur, c'est à la volonté plutôt qu'aux paroles qu'il y a lieu de s'attacher. — Voici une règle importante. Autrefois on disait : *uti lingua nuncupassit, ita jus esto;* on ne voyait que la formule. Cela n'est pas équitable; au lieu de s'en tenir à la lettre d'un acte, il faut en pénétrer la pensée.

C'est cet esprit d'équité conduisant à une interprétation rationnelle, que les jurisconsultes ont développé jusqu'à la science dans la théorie des obligations. « Personne ne doit s'enrichir au préjudice d'autrui. On est tenu de réparer le mal que l'on a causé par sa faute. C'est un dol que de profiter de la perte d'autrui. » Tels sont les principes généraux, les règles d'équité naturelle (*jure naturæ æquum est*) qui dominent la matière. De là l'observation exacte des conventions, la bonne foi, la fidélité dans les promesses; de là aussi, et pour atteindre ce résultat, une analyse scrupuleuse du consentement, qui est la base des conventions. Il n'y a pas de consentement si l'on se trompe : *non consentiunt qui errant; nulla voluntas errantis est.* Il n'y a pas de consentement si l'on est placé sous l'empire de la crainte; ou du moins, si l'on a consenti (*coactus volui*), l'équité ne permet pas de tirer profit d'un fait illicite, et le préteur tient avec raison un pareil consentement pour non avenu (*ratum non habebo*). — Mais c'est surtout le dol que les jurisconsultes poursuivent sous ses formes multiples. Rappelons-nous le traité des Devoirs; Cicéron s'élève contre le dol et nous fait connaître la définition d'Aquilius Gallus : *Cum esset aliud simulatum, aliud actum.* Cette définition est vague, elle est insuffisante. Servius en a tenté une autre; Labéon en a donné une meilleure : c'est toute ruse, tout piége, toute machination ayant pour but de circonvenir, de duper, de tromper quelqu'un (*omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita*).

Digitized by Google

de s'attacher l'homme par ses bienfaits : *cùm beneficio adfici hominem hominis intersit.*

Il y avait beaucoup à faire dans la famille. D'une part, la famille antique subsistait encore avec ses droits rigoureux; d'autre part, la famille naturelle, qui s'était développée grâce aux efforts du préteur, était elle-même méconnue sous l'influence des mauvaises mœurs. Aux rigueurs de la famille antique, les jurisconsultes opposent l'équité, l'humanité; aux mœurs nouvelles, aux flots de vice qui débordent partout, ils opposent comme une digue l'honnête. Tous leurs efforts tendent à fonder la famille naturelle avec sa moralité et sa dignité.

Il faut commencer par saper cette autorité despotique du père de famille qui n'a plus sa raison d'être. Trajan force un père à libérer de sa puissance son fils qu'il avait traité inhumainement. Adrien condamne à la déportation un père qui, à la chasse, avait tué son fils, bien que celui-ci fût coupable d'adultère avec sa belle-mère; mais lisons le commentaire du jurisconsulte : *patria potestas in pietate debet non in atrocitate consistere;* belle pensée, dont on rapproche naturellement ce qu'écrivait Pline le Jeune à un père qui venait de traiter trop durement son fils : « N'oubliez pas que vous êtes homme et le père d'un homme » (*memineris et hominem esse te et hominis patrem*). L'enfant a donc désormais une personnalité; il est protégé contre les abus de la puissance paternelle. Il peut avoir un patrimoine particulier (le pécule militaire). Enfin le despotisme du père de famille ne s'étend plus au delà de sa mort, et le fils a une réserve dans la succession. — Cela existait déjà du temps de Cicéron; mais il faut lire encore le commentaire des jurisconsultes. « *La raison naturelle*, dit Paul, comme une loi tacite, affecte aux enfants l'hérédité de leurs parents et les appelle à une succession qui leur est due. » — « Le vœu des parents, dit à son tour Papinien pour justifier la réciprocité dans ce droit de succession, et leur amour naturel pour leurs enfants éloigne d'eux la pensée qu'ils seront appelés à la succession de ceux-ci; mais l'ordre ordinaire de la mortalité étant troublé, la *piété naturelle* oblige à laisser les biens aux parents comme aux enfants. « Ainsi la famille repose aux yeux des jurisconsultes moins sur un lien de puissance que sur un lien de piété; elle cesse d'être une agrégation politique et

Digitized by Google

convention sont muettes ou douteuses, on y suppléera par l'équité : *hæc æquitas suggerit, etsi jure deficiatur.* On s'empressera de saisir l'occasion d'une réponse et d'une interprétation bienveillantes : *Rapienda occasio est, quæ præbet benignius responsum; benignius leges interpretandæ sunt.* En toutes choses, en un mot, mais surtout dans le droit, il faut considérer l'équité : *In omnibus quidem, maxime tamen in jure, æquitas spectanda est.*

Je m'en tiens à ces généralités; j'essaye de montrer par quel côté les jurisconsultes se rapprochent de Cicéron, comment ils sont restés fidèles à sa méthode, comment ils se sont approprié sa conception philosophique et l'ont introduite dans l'application. Mais je ne descends pas dans les détails; je n'ai pas la prétention de présenter un tableau d'ensemble, même en raccourci; encore moins ai-je eu l'idée d'indiquer une méthode. Le droit romain en effet ne doit pas être étudié au seul point de vue philosophique; cette législation singulière, formée de couches diverses, d'éléments superposés, a toujours conservé l'empreinte première et profonde de sa nationalité, et cette empreinte, les jurisconsultes ne l'ont pas détruite. Plaçons-nous à l'époque classique. Le *summum jus* subsiste; la loi décemvirale est encore debout sur son socle d'airain. Nous avons constaté les adoucissements de l'esclavage, la diminution de la puissance paternelle, l'extension de la qualité de citoyen. Et cependant l'esclavage est en pleine vigueur; les jurisconsultes s'écrient avec une sorte de fierté : Il n'y a chez aucun peuple de puissance paternelle pareille à la nôtre; en face de la propriété du droit des gens se dresse toujours la propriété quiritaire, avec l'antique distinction des choses *mancipi* et *nec mancipi.* Il y a encore des débris des actions de la loi, des restes de l'ancienne procédure, tels que le tribunal des centumvirs, devant lequel on plante la lance, symbole de la propriété. Enfin le système formulaire lui-même, avec son mécanisme savant dont les jurisconsultes ont travaillé et perfectionné tous les rouages; ce système est bien marqué au coin formaliste de l'esprit romain, en même temps qu'il atteste, par l'ensemble de fictions dont il se compose, que la vieille législation n'est pas morte.

Tout cela prouve que cette étude doit être historique avant tout. Comme l'a très-bien dit M. Giraud à l'Institut, les grandes

Digitized by Google

« que de tels compromis sont peu dignes d'un philosophe. Si la morale religieuse est une chimère, qu'il n'en soit pas question; si nos premiers devoirs sont envers les dieux, qu'on en parle. »

Pourquoi encore ce traité est-il presque muet sur la morale individuelle et sur les devoirs de famille? L'homme d'État que Cicéron veut former doit être un homme complet, et je ne sache pas qu'il faille rayer de son Code ces devoirs essentiels.

Et ces déclarations circonspectes à l'égard des esclaves! Cicéron n'admet pas la légitimité de l'esclavage, mais il ne donne pas toute sa pensée; il pose des principes, il n'ose pas formuler les conséquences. C'est que l'homme d'État fait tort au philosophe. L'homme d'État était conservateur et il craignait d'exprimer des doctrines qui, au lendemain de la guerre des esclaves, auraient paru révolutionnaires. Il redoutait le blâme de l'opinion publique, ainsi qu'il l'a avoué dans sa première lettre à Quintus (*sermonis et vituperationis vitandæ causa*); mais il n'est pas digne d'un philosophe de sacrifier à l'opinion.

Enfin, pourquoi ce dédain pour certaines professions, surtout pour les travaux manuels? On retrouve là encore les préventions d'un consulaire qui cède à un préjugé social, préjugé qu'il n'appartenait pas à la philosophie antique de faire disparaître. Ce sont de pauvres pêcheurs de Galilée qui viendront prêcher à Rome et au monde la bonne nouvelle, et quand le monde régénéré comprendra enfin cette *religion pure* dont Cicéron semblait avoir eu comme un mystérieux pressentiment, alors seulement ce préjugé social sera définitivement condamné.

Mais quand on a fait ces réserves et quelques autres, surtout au point de vue scientifique, telles qu'une méthode défectueuse, et la célèbre division des quatre vertus trop facilement adoptée sur la foi des traditions, alors il n'y a plus qu'à étudier et à profiter. Quels précieux enseignements! Quelle union féconde de la philosophie et de la politique! — S'agit-il de nos devoirs envers la patrie, à quelle hauteur de vues ne s'élève pas cet homme d'État soutenu par le moraliste? Avec quelle énergie il condamne la lâche indifférence de ceux qui s'endorment dans l'oisiveté au milieu des dangers de la chose publique! Si nous sommes les soldats de l'humanité, nous sommes

Digitized by Google

aussi les soldats de la patrie; citoyens, notre rôle est d'agir, de lutter. Et quel courage ne faut-il pas dans la lutte! Quelles rares qualités n'exige pas la vie publique! L'homme d'État se dévouera à l'intérêt de ses concitoyens, et y rapportera toutes ses actions au point d'oublier complétement son propre intérêt. Quelle chose misérable que l'ambition et la dispute des honneurs, et que Platon a bien raison de comparer ceux qui se disputent le gouvernement de l'État à des pilotes qui se battent pour tenir le gouvernail! Le citoyen courageux et fort, digne de gouverner la république, se livrera à elle tout entier; il ne recherchera ni la fortune ni la puissance, ou du moins il ne les recherchera que dans l'intérêt de la chose publique; loin de lui les imputations calomnieuses dictées par la haine ou l'envie. Attaché à la justice, il bravera pour elle la haine et la vengeance, et plutôt que de déserter sa sainte cause, il ira au-devant de la mort. Quelle élévation de la pensée politique! et Cicéron n'avait-il pas le droit d'écrire à Atticus : « J'ai toujours bien servi ma patrie quand je l'ai pu, et quand je n'ai pu la servir, j'ai toujours pensé divinement comme citoyen (*nunquam nisi divine cogitasse*).

S'agit-il de nos devoirs envers les autres hommes, alors ce moraliste doublé d'un homme d'État ne s'élève pas moins haut. Comme il sait secouer les préjugés de son pays! Comme, après avoir remonté aux sources divines de la justice, il sait approprier cette vertu à la conduite de la vie! Quel vif sentiment de la sociabilité, de l'égalité, de l'humanité! — On a défini l'humanité de Cicéron « cette culture de l'esprit qui rend les âmes plus douces[1]. » Non, ce sont des principes posés d'une main ferme, et qui n'attendent que l'application.

N'avais-je pas raison de dire que le moraliste et l'homme d'État se complètent l'un par l'autre, ou que plutôt ils s'identifient dans une seule pensée, l'honnête? Pour qu'il n'en reste aucun doute, toute la dernière partie du traité est consacrée à établir l'identité de l'honnête et de l'utile. Cicéron ne veut pas que l'on se méprenne sur sa conduite et ses intentions; dans ce livre, qui est un adieu à sa patrie et en quelque sorte son testament, il se justifie devant Rome et surtout devant la postérité dont il a toujours redouté les jugements, en faisant

[1] M. Boissier, *Cicéron et ses amis*, p. 146.

Digitized by Google

Il était impossible de mieux saisir le rôle de Cicéron considéré comme philosophe du droit, et d'indiquer en quelques lignes plus précises son influence sur les jurisconsultes. Mais M. Desjardins ne s'est pas arrêté à ce point de vue; c'est une étude complète qu'il nous donne sur le traité des Devoirs. Pour apprécier du reste à sa juste valeur cette conception philosophique du droit, il ne faut pas l'isoler du reste du traité. Ce traité a un caractère politique; c'est l'œuvre d'un citoyen en même temps que d'un moraliste. Ces vues sur le droit, si originales, si saisissantes par elles-mêmes, le paraissent encore davantage quand on songe qu'elles font partie d'un livre de morale politique, et qu'elles sont tracées par un consulaire romain.

Il y aurait là une source nouvelle et féconde de rapprochements. N'est-ce pas en effet le caractère éminemment politique du droit romain qui a contribué à lui donner un rôle universel? Et s'il est vrai, comme l'a remarqué M. de Savigny, que la jurisprudence fut de toutes les parties de la vie publique celle où la vieille Rome se retrouvait davantage et où les vrais Romains reconnaissaient leur patrie, où donc les jurisconsultes pouvaient-ils trouver de plus beaux et de plus mâles préceptes que dans le traité des Devoirs? Qui mieux que Cicéron pouvait, en leur révélant les sources les plus pures de la science du droit, leur apprendre en même temps l'indépendance de la pensée, les vertus du citoyen et les sévères devoirs de la vie publique?

Mais ce n'est là qu'un côté spécial, et le traité des Devoirs a une autre portée. Ce livre de morale sociale est sans doute la préface naturelle de ce droit, que l'on a appelé le type du droit social; beaucoup de ses préceptes, après avoir fécondé la jurisprudence romaine, ont passé dans nos Codes; mais son influence s'est étendue au delà de Rome et au delà de la législation. Cicéron, dit M. Desjardins, a eu le genre humain pour disciple; le son de sa voix a captivé le monde. Quelle est la cause de cette influence? Quels sont les enseignements à tirer de ce livre écrit il y a deux mille ans? C'est ce que M. Desjardins a recherché dans son savant travail, et, pour compléter cette étude, je n'ai plus qu'à résumer mes impressions.

Ce qu'il y a d'admirable dans le traité des Devoirs, ce qui ne saurait être trop médité dans tous les temps, c'est l'alliance de la morale et de la politique Cicéron considère l'homme dans

Digitized by Google

ses relations avec l'humanité et dans ses relations avec la patrie. Là c'est le philosophe, c'est le moraliste produisant cette conception du droit, dont j'ai essayé l'analyse; ici c'est le citoyen, c'est l'homme d'État enseignant les règles de la vie publique. Le moraliste et l'homme d'État se donnent la main et se réunissent dans une pensée commune, l'honnête.

C'est, je le répète, l'alliance de ces deux éléments, l'élément moral et l'élément politique, qui appelle toutes nos méditations. C'est aussi sous ce double aspect que M. Desjardins a étudié le livre des Devoirs, et je ne sache pas qu'on l'eût fait avant lui d'une manière aussi originale et aussi complète. Peut-être accorde-t-il une trop grande prédominance à l'élément politique, lorsqu'il dit que Cicéron est un homme d'État qui philosophe par accident. Il m'est difficile d'admettre que la philosophie ait été un accident pour l'orateur, quand je la vois tenir une si grande place dans sa vie. J'aime mieux dire que c'est un philosophe consulaire, toujours philosophe même quand il s'occupe des affaires publiques, ce qui explique pourquoi, au milieu d'irrésolutions et de faiblesses de caractère, il n'a jamais dévié de la ligne de l'honnête (*ubi est autem dignitas, nisi ubi honestas*); toujours consulaire lorsqu'il philosophe, ce qui éloigne cette morale de la région des chimères et des pures spéculations, et en fait une nourriture substantielle et forte.

Il est juste cependant de reconnaître que le personnage consulaire, qui ne s'efface pas dans les autres ouvrages philosophiques de Cicéron, paraît davantage dans le traité des Devoirs. Ainsi peut-on expliquer, sans les justifier, les graves lacunes de ce traité.

Pourquoi Cicéron ne développe-t-il pas les devoirs de l'homme envers Dieu? Cette lacune est volontaire sans doute, et il me semble injuste de l'attribuer à un penchant au scepticisme. Cicéron, homme d'État, est de ceux qui voudraient inventer les dieux s'ils n'existaient pas, c'est M. Desjardins qui en fait la remarque; et quant au philosophe, quelle que soit sa conception métaphysique de la Divinité, il est impossible de méconnaître la beauté de sa conception morale. Mais dans un livre consacré surtout aux devoirs civiques, il croit avoir assez fait en déclarant que nos premiers devoirs sont envers les dieux immortels. Reconnaissons avec M. Desjardins

Digitized by Google

connaître les règles qui ont dirigé sa vie. Une phrase les résume : *Quidquid honestum est utile.* Il n'y a d'utile que ce qui est conforme à la nature, et par conséquent la vertu seule est utile, car seule elle est conforme à la nature. Ou mieux encore, il n'y a de conforme à nos intérêts, et conséquemment de désirable que la vertu. Il faut donc non-seulement savoir mourir, mais savoir désirer la mort, si le devoir nous commande ce suprême sacrifice.

Qu'importe donc que cette philosophie ne soit pas personnelle; qu'elle porte la trace de diverses écoles; qu'on y sente, à côté de l'inspiration de Panætius, le souffle de Platon? M. Desjardins, dans un savant chapitre, a étudié avec soin l'éclectisme cicéronien; mais ce qui le frappe, c'est que ce livre est avant tout l'œuvre d'un honnête homme. Cicéron ne se borne pas à enseigner, il agit. Tout le prix de la vertu, dit-il, est dans l'action : *Virtutis laus omnis in actione consistit;* et en même temps, comme pour affirmer sa doctrine, il prononce les Philippiques et il va s'offrir aux sicaires.

Là est le secret de cette influence à laquelle nous ne pouvons nous soustraire après deux mille ans. Nous admirons Sénèque, Épictète, Marc-Aurèle; mais nous sentons que ce ne sont pas des guides pour l'humanité; aussi ne s'attache-t-elle pas à eux. Sénèque a de belles pensées, mais il les éparpille; il n'y a pas de lien entre elles; ce sont comme des rayons dont on n'aperçoit pas le foyer; surtout c'est un rhéteur, parce qu'il ne pratique pas ce qu'il enseigne. On vient de l'appeler un directeur de conscience, mais ce directeur de conscience n'a pas assez songé à la sienne. Il n'y a pas de pareilles réserves à faire pour Marc-Aurèle; c'est un saint ; j'oserais ajouter que c'est là un peu son tort. Son livre, on l'a très-bien dit, est un examen de conscience [1], et de même qu'il ne s'adresse pas à tous, il ne convient pas à tous; c'est la vraie nourriture des saints et des âmes d'élite. — Mais tandis que les hommes passent, l'humanité reste, ainsi que l'a écrit quelque part Sénèque : *homines pereunt, humanitas permanet.* Pour exercer une action permanente sur l'humanité permanente, il faut s'adresser à

[1] M. Martha, *les Moralistes sous l'empire romain.* Son chapitre relatif à Marc-Aurèle a pour titre : *L'examen de conscience d'un empereur romain.* Quant à Sénèque, il voit en lui un *véritable directeur,* et il le compare avec les directeurs chrétiens.

Digitized by Google

elle, à sa conscience, lui parler le langage simple et mâle de l'honnête. L'humanité ne demande pas de systèmes; elle veut une morale vivante, agissante, pratique; elle aime ces nobles pensées, ni trop communes ni trop rares, comme l'a si bien dit M. Paul Janet; et voilà pourquoi elle s'est attachée au traité des Devoirs.

Un pareil livre, qui appartient à l'humanité, demandait un interprète digne de lui. Pour combler ses lacunes, pour relever ses côtés défectueux, surtout pour mettre en relief ses beautés, il fallait la main sûre et exercée d'un moraliste. C'est cette tâche que M. Desjardins a remplie avec un rare talent, dans un livre qui n'est pas seulement un *essai*, comme il l'appelle modestement, mais qui est une des œuvres les plus sérieuses de ces derniers temps. — Pour parler des hommes de génie, la première condition est de les bien connaître. M. Desjardins a vécu dans la familiarité de Cicéron, comme celui-ci vivait dans le commerce de Platon. Il possède à fond l'antiquité païenne et l'antiquité chrétienne, et surtout les deux hommes qui les résument le plus complétement, Cicéron et saint Augustin. Son étude sur *les Confessions*, malgré des vues originales, n'était cependant qu'un essai; comment analyser des larmes, résumer une prière? Or, une prière et des larmes, voilà ce livre étrange, sans pareil, plein de séductions enivrantes, mais qui défie l'analyse comme la synthèse.

Avec le traité des Devoirs, nous marchons sur un terrain solide; il y a place vraiment au commentaire. Ce sujet du devoir est éternel; il a été souvent traité, et tout récemment encore, par des maîtres; il l'est tous les jours dans les méditations des hommes sérieux; mais précisément il faut prendre garde de marcher à l'aventure, savoir se contenir et contenir son style; la sobriété n'est pas la moindre qualité de ce livre qui en a tant. — Il était nécessaire de rattacher toutes les œuvres, toute la vie de Cicéron à ce traité des Devoirs qui couronne ses œuvres et sa vie; il y avait de curieuses comparaisons à faire avec ceux qui, avant lui, s'étaient occupés du même sujet comme avec ceux qui sont venus après lui; enfin, il y avait place pour des vues originales et personnelles. Rien de tout cela ne manque, sans que cependant l'auteur ait cessé d'être fidèle à la méthode simple et judicieuse qu'il s'est tracée, et se soit écarté un seul instant de son programme. On

Digitized by Google

lui a pourtant reproché d'avoir trop souvent parlé de l'école contemporaine dite *positive*. L'auteur y revient souvent en effet, et si c'est un hors-d'œuvre je l'en félicite pour ma part. On ne saurait trop combattre, toutes les fois que l'occasion s'en présente, une philosophie (s'il est permis de lui donner ce nom!) qui fait injure à l'humanité. M. Desjardins, comme on le voit, appartient à la meilleure école ; il combat pour la même cause que l'illustre auteur *du Vrai, du beau et du bien;* son livre est de ceux dont la lecture élève constamment l'esprit; aussi, selon le mot de la Bruyère, est-il bon et fait de main d'ouvrier.

La forme est elle-même irréprochable. A ce point de vue il est dangereux d'interpréter Cicéron; on a devant les yeux un modèle désespérant. Comment arriver à cette abondance, cette richesse, cette perfection de la forme? Mais la sobriété est une qualité qu'il est presque aussi rare d'atteindre. M. Desjardins a le style limpide et sévère des jurisconsultes.

Enfin, il y a un autre écueil quand on s'occupe du grand orateur : c'est la partialité. Chacun a envisagé à son point de vue ce génie multiple, et rarement on a porté sur lui un jugement sain et juste, parce qu'on ne l'a regardé que par un seul côté. Ainsi, pour prendre un exemple notable, Montesquieu n'échappe pas à ce reproche. S'il était vrai que Cicéron ne considérât la vertu que comme un accessoire et qu'il eût une âme souvent commune, il serait peu digne d'estime, malgré son beau génie. L'opinion de Montesquieu est superficielle; avant de juger l'homme politique, il fallait étudier l'homme, descendre en quelque sorte au fond de sa conscience. C'est ce qu'a fait M. Desjardins. En méditant ces traités de morale que Cicéron avait tant à cœur de ne pas démentir dans sa conduite, il a trouvé dans l'homme une rare vertu, et ainsi convaincu, il a pu être impartial pour Cicéron sans cesser de l'aimer. Il ne ménage pas ses faiblesses, ses défaillances, mais il ne dissimule pas les prédilections qu'il a pour lui. « J'ajoute un mot, dit-il en terminant, cette morale est celle d'un honnête homme dont j'aime passionnément la personne et les écrits. Je voudrais lui donner dans toutes les âmes la place qu'il occupe dans la mienne. » J'avoue que je suis plus touché de cette déclaration si simple de respectueuse estime que des éloges hyperboliques dont Cicéron fut l'objet au XVIe siècle. Nous pouvons nous fier à ce moraliste; homme vertueux, il a le droit de nous ensei-

Digitized by Google

gner la vertu. N'est-ce pas là son plus beau titre devant la postérité?

Il y a cependant un trait un peu trop négligé de cette grande figure, que M. Desjardins n'a eu garde d'omettre, et que je voudrais moi-même indiquer; c'est bien ici la place. Cet homme complet, ce grand citoyen, ce philosophe, ce jurisconsulte, cet orateur sans rival, ce modèle des écrivains, cet homme de lettres, « le premier homme de lettres des temps anciens et modernes, » comme le dit excellemment M. Desjardins, fut aussi un grand magistrat. Il nous a laissé, en même temps que l'exemple de la vie la plus intègre, la plus désintéressée et la plus austère, les règles sévères de cette profession. N'est-ce pas vraiment une bonne fortune pour nous que ces règles aient été recueillies par un magistrat, et ai-je besoin de dire qu'elles ne pouvaient trouver un meilleur interprète? Je ne puis me décider à quitter mon sujet sans rappeler quelques-uns de ces préceptes; j'y tiens d'autant plus que ce sera mon excuse auprès de M. l'avocat général si je me suis permis, moi bien humble, de parler de son œuvre après l'Institut.

Lorsque Cicéron accusa Verrès, c'était déjà une magistrature qu'il remplissait. « J'ai sans doute, dit-il, un ministère pénible à remplir, mais une chose me console, c'est que ce qui paraît de ma part une accusation doit être regardé bien plutôt comme une défense; j'accuse un seul coupable, je défends une multitude d'hommes, de villes, la cité entière, la chose publique. » Et que de qualités n'est-on pas en droit d'exiger chez un homme qui ose en accuser un autre? Cicéron lui demande d'abord une droiture et une intégrité à toute épreuve. Comprend-on en effet quelqu'un se faisant le censeur de la conduite d'autrui sans pouvoir rendre compte de la sienne? Cicéron lui demande encore ces qualités sans lesquelles il est impossible de soutenir une cause, une certaine habitude de la parole, un certain talent pour la plaidoirie, la connaissance du forum, des jugements et des lois. — Plus l'orateur avance dans son discours, plus il est pénétré de la grandeur de sa mission; en accusant Verrès, c'est l'humanité qu'il défend. Il répète dans le traité des Devoirs : « Celui qui se porte souvent accusateur doit agir comme en vertu d'une charge publique; il est impossible de blâmer l'accusation quand elle se fait au nom de l'État. » Je ne crois pas qu'on ait exprimé

Digitized by Google

une notion plus exacte et plus juste du ministère public.

Il n'était pas moins pénétré des devoirs du juge; il nous a laissé d'Aquilius Gallus, son collègue dans la préture, un portrait que je veux citer. « On ne saurait trop déférer à l'autorité d'un homme qui n'a jamais séparé le droit civil de l'équité naturelle; qui a tant de droiture et d'honnêteté que ses décisions paraissent plutôt inspirées par la nature que dictées par la science (*qui ita justus et bonus vir est, ut natura non disciplina consultus esse videatur*); qui a tant d'instruction et d'habileté qu'il semble devoir au droit civil, non-seulement les lumières de son esprit, mais les qualités de son cœur (*ita peritus ac prudens, ut ex jure civili, non scientia solum quidem, verum etiam bonitas nata videatur*); dont le génie enfin est si vaste et la probité si parfaite, qu'on sent soi-même qu'on ne puise rien dans une telle source que de pur et de limpide (*cujus tantum est ingenium, ita prompta fides, ut quidquid inde haurias, purum liquidumque te haurire sentias*).

Celui qui a tracé ce beau portrait ne pouvait donner que de beaux préceptes; c'est ce qu'il a fait dans le traité des Devoirs, dont on rapprochera avec fruit sur ce sujet cette épître première à Quintus, que M. Desjardins a qualifiée avec raison d'*admirable*. — Cicéron demande d'abord au magistrat une vertu, une intégrité, un désintéressement absolus, une discipline ferme et soutenue dans sa maison (*familiæ gravis et constans disciplina*); une attention scrupuleuse à choisir ses amis. Si l'homme n'était pas irréprochable dans sa vie privée, quel cas ferait-on de l'homme public? Les méchants, à qui le magistrat a déclaré une guerre éternelle, n'ont besoin pour exercer leur malignité que de la plus légère occasion; c'est cette occasion qu'il ne faut jamais leur donner. — Le magistrat représente la cité; il doit veiller au maintien des lois et des droits des citoyens, et les considérer comme autant de dépôts commis à sa bonne foi. Il cultivera et aimera la justice pour elle-même, avant de l'aimer pour la gloire; il ne sera préoccupé que de la vérité; il rendra des arrêts et non pas des services; il apportera dans ses fonctions un caractère qui ne résistera pas seulement à la faveur, mais qui sera au-dessus du soupçon (*constantia et gravitas, quæ resistat non solum gratiæ, verum etiam suspicioni*). S'il se trouve le juge de son ami, il dépouillera le caractère d'ami pour revêtir celui de juge

Digitized by Google

(*ponit personam amici cum induit judicis*). Quand il portera sa sentence, il se souviendra qu'il a pour témoin Dieu, c'est-à-dire sa propre conscience, qui est ce que Dieu a donné à l'homme de plus divin. Si sa juste sévérité lui attire des ennemis, il considérera de semblables haines comme honorables, et il s'en félicitera. Il saura du reste tempérer la sévérité par les ménagements qu'exige l'humanité (*multis condimentis humanitatis*). Qu'il n'y ait jamais rien d'acerbe, rien de cruel dans son pouvoir, que tous ses actes soient pleins de clémence, d'humanité, de mansuétude. *Tuo toto denique imperio nihil acerbum, nihil crudele, atque omnia plena clementiæ, mansuetudinis, humanitatis.* Voilà ce que Cicéron demandait surtout à Quintus; voilà ce qu'il demande encore dans le traité des Devoirs. La peine n'est pas un acte de vengeance; elle est instituée dans l'intérêt public. Le juge devra frapper sans colère; après avoir écouté avec patience, il prononcera sa sentence avec douceur (*facilitas in audiendo, lenitas in decernendo*); il saura être assez maître de lui pour ne pas ajouter l'injure au châtiment; il s'oubliera entièrement lui-même pour ne considérer que l'utilité de l'exemple. Enfin il aura soin de proportionner la peine à la faute : *ne major pœna quam culpa sit.* — N'est-ce pas là, comme le dit M. Desjardins, tout un programme pour le magistrat chargé de la répression? Mais il faut lire le commentaire en entier. On sent qu'une émotion contenue circule dans ces pages, et l'honorable magistrat a des accents éloquents lorsqu'il flétrit les doctrines impies de Bacon, de ce chancelier qui porta sous la simarre une âme basse et vénale.

Recueillons donc avec respect les enseignements de cet ancien, qui a si bien parlé du droit et de ses interprètes, de la justice et de ses ministres; relisons et méditons ces pages, toujours jeunes, parce que le sentiment immortel de l'honnête y rayonne au milieu des étincelantes beautés de la forme; et félicitons-nous d'avoir pour nous guider dans cette étude l'œuvre de l'honorable avocat général.

Tout récemment, un écrivain, qui est un des esprits les plus distingués de ce temps-ci, racontait qu'un jour le Père André, prêchant devant le Parlement, eut l'occasion de citer une pensée de Cicéron, et que se tournant ensuite vers d'Aguesseau, qui siégeait au banc de MM. les gens du roi, il laissa tomber ces mots : « Messieurs, Cicéron était un grand avocat

Digitized by Google

général! » Ingénieuse allusion, qui dut aller surtout au cœur des magistrats du Parlement doublement honorés de compter Cicéron parmi leurs aïeux et de voir briller dans leurs rangs l'illustre avocat général. — Je ne veux pas finir sans m'emparer de cette pensée. Elle sera pour moi comme un trait-d'union pour relier entre elles, dans mes méditations et dans mes souvenirs, deux œuvres que je ne saurais désormais séparer; — et elle me permet, dans sa formule aussi heureuse qu'imprévue, d'associer ici aux sentiments d'admiration que me fait éprouver le grand orateur de Rome les sentiments de haute estime et de respectueuse déférence que m'inspire son éminent interprète.

ÉMILE FEITU.

Digitized by Google

DE LA VULGARISATION DES TEXTES DU DROIT ADMINISTRATIF

(COMPTE-RENDU du *Code des conseils de préfecture délibérant au contentieux*[1], de M. ORILLARD, bâtonnier de l'Ordre des avocats à la Cour impériale de Poitiers, vice-président du conseil de préfecture de la Vienne),

Par M. Th. DUCROCQ,
professeur de droit administratif à la Faculté de droit de Poitiers.

Dans chaque branche du droit, la première de toutes les nécessités est la connaissance du texte même de la loi.

Elle n'existe pas seulement pour le professeur qui donne l'enseignement juridique et pour la jeunesse animée du noble désir d'en profiter; elle existe aussi à des degrés divers pour l'administrateur et pour le juge, pour le justiciable et pour l'administré. Cette nécessité s'impose à tous : au magistrat qui agit, au magistrat qui requiert, au magistrat qui délibère, à quelque ordre de juridiction qu'ils appartiennent; à l'avocat qui plaide et à l'homme d'affaires ou de bureau qui instruit une procédure administrative ou judiciaire; au plaideur désireux de s'éclairer lui-même sur la direction qui convient à ses intérêts, et au citoyen curieux de savoir (dans notre pays tous devraient l'être!) quelle est l'étendue de ses droits et de ses devoirs réglés par cette loi, dont une fiction, indispensable à l'ordre social, n'admet pas qu'il puisse ignorer les prescriptions.

Comment expliquer, comprendre, observer et appliquer la loi, dont quelques-uns doivent être les interprètes, dont tous doivent s'honorer d'être les serviteurs, si l'on ne connaît pas la teneur même de ses dispositions? Souvent sans doute cette connaissance du texte est loin de suffire pour son entière intelligence; mais du moins elle en est la première condition.

Or, pour connaître le texte de la loi, il faut le posséder; il faut être matériellement à même de chercher et de trouver sans peine l'article désiré.

Pour toute la partie codifiée de la législation, rien n'est plus facile : il suffit de recourir à l'une des excellentes éditions des cinq Codes que nous possédons, comme les Codes Tripier

[1] Éditeurs, Cosse et Marchal, à Paris; Dupré, à Poitiers.

Digitized by Google

ou ceux, très-remarquables aussi, récemment publiés par MM. Roger et Alexandre Sorel.

Mais pour cette immense partie du droit public qui n'a pu trouver place dans l'œuvre de la codification et qui forme le droit administratif de la France, la possession des textes, cette possession matérielle qui est la condition indispensable de leur examen et de leur connaissance, présente les plus grandes difficultés. Il suffit pour le constater de rappeler que les lois administratives se remplaçant, s'abrogeant ou se complétant les unes les autres, sont éparses dans les trois cents volumes du *Bulletin des lois*.

Les bonnes éditions des Codes contiennent en outre un choix très-habilement fait de toutes les lois les plus usuelles, et le droit administratif y a sa bonne part. Il faut profiter de ces précieuses ressources. Ces Codes devraient être dans toutes les mains, et former la bibliothèque de ceux-là même qui n'en ont pas. C'est le premier mode de vulgarisation des lois administratives.

Toutefois des travaux d'une autre nature ont aussi leur raison d'être et leur nécessité.

De l'innombrable quantité des textes administratifs, si divers d'époques, si divers d'objets, la jurisprudence et la doctrine, à l'œuvre chaque jour, ont dégagé les règles et déduit les principes. Ces principes, ces règles n'ont de base juridique que dans les textes épars qui en contiennent à la fois la formule et la légitimité.

Montrer tous les textes à côté de toutes les règles, ou placer chaque texte dans l'ordre méthodique du développement des principes : voilà l'œuvre dont l'absence de codification de cette partie de notre législation nous fait souhaiter la redoutable et méritoire entreprise.

Elle est la condition d'une véritable vulgarisation des textes du droit administratif.

Cette entreprise est redoutable, car le nombre des dispositions en vigueur, qui forment le domaine du droit administratif, est immense.

Elle serait grandement méritoire, car réaliser cette œuvre, ce ne serait pas seulement faciliter la recherche des dispositions administratives à l'égal de celles des autres branches du droit français, faire disparaître la difficulté principale du droit administratif, assurer sa vulgarisation en le mettant dans son ensemble à la portée de tous les citoyens; ce serait aussi suppléer à la codification officielle par une codification scientifique et doctrinale, et préparer la première en ouvrant les voies au législateur.

La codification *législative* du droit administratif, déjà plusieurs fois discutée au sein des pouvoirs publics, nous semble

Digitized by Google

en effet dans les perspectives de l'avenir. Mais, sans agiter cette question, qui ne doit pas être confondue avec celle qui nous occupe, nous considérons une codification purement *doctrinale* comme le meilleur moyen de vulgariser les textes qui forment aujourd'hui notre législation administrative.

Le succès serait en partie subordonné au choix préalable d'un plan, assez vaste pour embrasser toute cette partie du droit français, assez rationnel pour s'harmoniser avec l'enchaînement des principes, et cependant assez simple pour être pratique.

L'utilité et la grandeur de cette œuvre n'auraient d'égale que l'immense difficulté qu'elle présente. Mais l'éditeur assez courageux et assez éclairé pour en accepter le fardeau, assez ingénieux pour trouver un moyen facile de tenir la publication au courant des modifications législatives; le jurisconsulte qui serait assez plein d'un tel sujet, assez robuste pour le mouvoir, qui aurait l'énergie laborieuse et patiente, indispensable pour mener à bonne fin un tel travail, rendraient un service de premier ordre à la science et au pays.

Plus d'un l'a pensé; et, s'il nous est permis de le rappeler, nous avons déjà proclamé il y a quelques années cette utilité de vulgariser les textes dans un ordre méthodique, suivant un plan rationnel des matières administratives. Sans nous mettre la main à l'œuvre bien autrement vaste dont nous venons de parler, cette idée nous a, dès notre première publication, relativement à des textes peu nombreux et principaux, inspiré une innovation plus modeste, accueillie avec quelque faveur.

Aussi la sincérité des éloges que nous voulons donner à une publication qui, par des voies différentes, est venue contribuer pour sa part à cette œuvre de codification scientifique et de vulgarisation des textes administratifs, ne sera-t-elle point suspecte, quels que soient les liens d'affectueuse confraternité qui nous unissent à son auteur. Le nom de l'auteur serait autre, notre témoignage serait le même, et si nous venons de rappeler nos essais dans cette voie, c'est afin de montrer que nos sympathies étaient acquises à toute tentative utile de codification et de vulgarisation des textes administratifs.

Nous voulons parler du *Code des conseils de préfecture délibérant au contentieux*, par M. Orillard.

Cet ouvrage a précisément pour objet la publication, dans un ordre méthodique, de tous les textes officiels relatifs à l'organisation, à la compétence et à la procédure des conseils de préfecture délibérant au contentieux.

Ce n'est pas tout le droit administratif, mais c'est une portion considérable de ce droit.

Ce n'est pas encore l'œuvre immense dont nous parlions tout à l'heure; ce n'est pas l'œuvre entreprise dans son en-

Digitized by Google

semble; mais c'est l'accomplissement d'une de ses parties.

Ce n'est pas encore le *Code administratif* tel que nous pouvons le rêver, mais c'est un de ses titres principaux, se suffisant à lui-même, formant un tout, et trouvant en lui sa raison d'être.

Suivant les vraisemblances, de nombreux travailleurs viendront apporter leur pierre à ce grand Code administratif dont nous avons parlé. Il sera fait par parties avant de l'être dans son ensemble. Les uns traceront les divisions et feront la répartition des matières; d'autres pourront faire une codification portant sur l'ensemble, mais bornée dans le choix des textes; d'autres recueilleront au contraire tous les textes se rattachant à un même ordre de règles et d'idées.

C'est ainsi qu'a fait M. Orillard; il a appliqué son œuvre de vulgarisation à l'une des parties les plus pratiques du droit administratif, et il a donné tous les textes qui s'y réfèrent.

Le décret justement célèbre du 30 décembre 1862, qui ouvrait à la fois aux parties et au public les audiences des conseils de préfecture, avait inspiré ce livre.

Après la loi du 21 juin 1865, qui est venue donner des bases plus larges à l'organisation des conseils de préfecture, les doter de quelques attributions nouvelles et consacrer d'une manière définitive les progrès réalisés par le décret de 1862, l'auteur a repris et corrigé son ouvrage pour le mettre au courant de la législation nouvelle. Nous parlons de cette édition, où se trouvent rationnellement classés, à la place qui leur convient, la loi récente sur les conseils de préfecture, le décret du 12 juillet 1865 et le rapport qui le précède, la circulaire ministérielle du 21 du même mois, rendus pour l'exécution de la loi nouvelle, et les textes des lois sur la pêche du 31 mai 1865 et sur les associations syndicales du 21 juin 1865, qui ont doté ces conseils de quelques attributions nouvelles.

Dans son état actuel, le *Code des conseils de préfecture délibérant au contentieux* forme un volume de 650 pages. Si nous signalons son étendue, c'est qu'elle corrobore *ipso facto* ce que nous disions tout à l'heure de l'immensité de l'œuvre qui embrasserait dans leur ensemble tous les textes administratifs, et qu'elle donne en même temps l'idée de l'importance de la publication que nous devons aux recherches savantes et laborieuses de M. Orillard.

Lui-même indique le but qu'il s'est proposé dans des termes empreints à la fois d'un grand sens et d'une parfaite simplicité :

« Pour rendre plus facile au conseiller de préfecture sur son « siége l'exercice de ses fonctions, et le mettre à même de « suivre la discussion, de s'éclairer lui-même et de former « son opinion sans avoir besoin, soit de faire placer sur son « bureau une grande partie des livres composant la biblio-

Digitized by Google

« thèque, soit de rechercher les textes invoqués lors de la « délibération, j'ai pensé qu'il était opportun de réunir dans « un seul volume tous les textes le plus ordinairement consul- « tés pour le jugement des affaires soumises à son apprécia- « tion. Tel est le but de cet ouvrage. J'ai voulu, en le compo- « sant, mettre aux mains des conseils de préfecture un volume « qui remplaçât pour eux les Codes que les juges des autres « juridictions ont à leur disposition, et qui servît en même « temps de guide aux parties. »

Plus loin l'auteur définit son livre, avec une admirable modestie, « un simple recueil de documents officiels, par consé- « quent une compilation, et rien de plus. »

Mais que de soins, de labeurs, d'études approfondies, et de connaissances pratiques suppose cet excellent livre! Que de services il vient rendre aux juges administratifs, aux parties, aux hommes d'affaires et aux hommes d'études! Nous en parlons après en avoir fait l'expérience personnelle, et notre témoignage n'est que l'expression de notre gratitude.

M. Orillard a su rechercher d'une main sûre et rassembler les éléments si multiples, si nombreux, si divers qui forment le *Code des conseils de préfecture*. Rien d'important ne lui a échappé, et son Code est complet. Les actes du pouvoir exécutif s'y trouvent ainsi que les lois qu'ils mettent en œuvre, et dont trop souvent ils tiennent lieu en matière administrative; parfois aussi on y voit les instructions et circulaires ministérielles les plus utiles à l'interprétation des textes.

Non-seulement l'auteur a su réunir tous ces éléments, il a su en outre les distribuer dans un ordre d'une grande simplicité, qui satisfait à la fois les données de la science et les besoins de la pratique.

Après un avant-propos dans lequel il rappelle les progrès successivement réalisés dans l'institution des conseils de préfecture, l'auteur a divisé son ouvrage en cinq parties.

La première partie contient la loi nouvelle sur l'*organisation* et la *composition* des conseils de préfecture; elle donne les dispositions relatives à la limite d'âge, à l'honorariat, à l'avancement sur place, à la suppléance et au remplacement des membres des conseils; elle contient le décret du 12 juillet 1865, qui détermine, pour l'exécution de la loi du 21 juin, la procédure générale devant les conseils de préfecture, et la circulaire ministérielle qui en fournit le commentaire.

La seconde et la troisième parties, relatives à la compétence des conseils de préfecture, forment et devaient former la plus grande partie de l'ouvrage; elles n'embrassent pas moins de 475 pages.

La seconde partie contient tous les textes relatifs aux attributions conférées aux conseils de préfecture par la loi du

Digitized by Google

28 pluviôse de l'an VIII qui les a créés. Autour de ces trois mots qui consacrent ces premières et considérables attributions des conseils de préfecture : *contributions directes, travaux publics, grande voirie*, M. Orillard a classé méthodiquement tous les textes qui s'y réfèrent.

Pour donner une idée de la méthode suivie et des services qu'un tel livre peut rendre, nous citerons deux exemples.

Au sujet de l'impôt des patentes, qui chaque année donne lieu à un si grand nombre de réclamations devant tous les conseils de préfecture de l'empire, l'auteur a inséré la nomenclature générale, par ordre alphabétique et d'après le dernier état du droit, des commerces, industries et professions passibles des droits de patente, avec l'indication des droits afférents à chacun. On comprendra sans peine son importance si nous disons que, malgré l'emploi de caractères plus fins, cette nomenclature, dont l'utilité pratique est de tous les jours, embrasse près de 100 pages.

L'autre exemple que nous voulons citer est relatif à des textes d'une tout autre nature, mais dont l'application par les conseils de préfecture est aussi fréquente. A propos des attributions des conseils de préfecture en matière de grande voirie et de travaux publics, M. Orillard n'a pas seulement groupé tous les textes de dates plus ou moins rapprochées de nous, qui se rattachent à l'article 4 de la loi de l'an VIII, il a reproduit soigneusement tous ces anciens textes que nous a légués l'ancienne Monarchie, dispositions d'ordonnances royales, d'édits, d'arrêts du conseil, de lettres patentes, *provisoirement* conservées par l'Assemblée constituante, et qui forment toujours une partie notable du régime de la propriété privée et de la domanialité publique dans notre pays. Il y a peu de textes qu'il soit plus utile de connaître, il n'y en a guère qui le soient aussi peu, car, en raison de leur date, on les chercherait vainement au *Bulletin des lois*, et il faut recourir aux recueils des anciennes ordonnances où ils sont perdus pour la généralité du public. Le *Code des conseils de préfecture* vient remédier au mal, en plaçant l'intégralité de leurs dispositions au milieu des matières qu'elles concernent.

Nous aurions des observations analogues à présenter sur chacune des autres parties du livre, si nous ne devions nous borner.

La troisième partie contient tous les textes relatifs aux attributions dont les conseils de préfecture ont été dotés par des lois autres que celles de l'an VIII. C'est la plus étendue de toutes les parties de l'ouvrage. Cela devait être en raison de la multiplicité des attributions de cette seconde catégorie. L'auteur a suivi pour leur répartition l'ordre alphabétique des matières, pour lequel notre peu de sympathie résulte assez des idées générales émises au commencement de cet article.

Digitized by Google

M. Orillard n'en a pas moins déployé là un véritable talent d'investigation, et cette portion de l'ouvrage est une des plus utiles et des plus remarquables.

La quatrième partie contient des textes relatifs à la procédure particulière ou spéciale à diverses attributions des conseils de préfecture. Elle se termine par des modèles d'arrêtés sur chaque matière; et tous les conseils de préfecture nous paraîtraient heureusement inspirés de profiter des formules ainsi préparées par M. Orillard.

La cinquième partie contient les règles sur la comptabilité des communes, des établissements charitables, des écoles normales et des associations syndicales, dans leurs rapports avec la juridiction des conseils de préfecture. Cette place particulière donnée aux matières de ce dernier ordre est parfaitement justifiée par la nature même de cette attribution des conseils de préfecture, qui, d'une part, sont exceptées de l'application du principe nouveau du débat oral et de la publicité de l'audience, et qui, d'autre part, font relever les conseils de préfecture par voie d'appel de la Cour des comptes et non du Conseil d'État.

M. Orillard, sagement inspiré, a voulu relier ensemble, ainsi qu'il l'explique lui-même, les divers documents législatifs compris dans un même chapitre ou dans plusieurs chapitres se rapportant au même ordre d'idées. Il l'a fait à l'aide de *notes* qui servent de traits d'union entre ces documents ou ces chapitres, et d'*observations* dans lesquelles il cherche principalement à indiquer la ligne de démarcation entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire; ces notes et observations sont écrites avec la plus grande sobriété, dans le but annoncé par lui de donner uniquement au public un recueil de textes officiels, sans entreprendre ni un commentaire ni un traité. « On « se tromperait grandement, dit-il, si l'on voulait voir dans ces « notes un commentaire de droit administratif! »

En présence de cette extrême réserve de l'auteur, nous devrions peut-être passer outre en ce qui concerne ces notes et observations dont il a eu le droit, pour rester fidèle aux données sur lesquelles il a conçu son livre, de ne pas se montrer prodigue. Mais nous tenons à dire que ce qui n'est ainsi dans le livre qu'un accessoire très-secondaire y est cependant fort utile, et que plusieurs de ces notes montrent que M. Orillard était capable de faire le commentaire qu'il n'a pas voulu placer à côté d'une œuvre de codification déjà considérable et se suffisant à elle-même.

Le laconisme des notes et observations a parfois cependant des inconvénients.

C'est à cette nécessité de laconisme que nous imputons la distinction établie en deux mots, page 167, entre les dommages temporaires et permanents, contrairement à la jurisprudence

Digitized by Google

du Conseil d'État qui l'a toujours condamnée, du tribunal des conflits qui a consacré les errements du Conseil d'État, et de la Cour de cassation elle-même qui, après une longue lutte, s'est inclinée devant les décisions du tribunal des conflits pour se rallier enfin à la jurisprudence du Conseil d'État. Nul mieux que M. Orillard ne connaît ces arrêts, qui ne permettent plus d'agiter utilement cette question, et les excellentes raisons sur lesquelles ils se fondent; aussi nous ne croyons pas que les quelques mots qui nous choquent doivent être pris à la lettre comme exprimant entièrement sa pensée.

Nous demanderons à M. Orillard la permission de faire une observation analogue au sujet de la note qu'a provoquée de sa part l'article 11 de la loi du 21 juin 1865, disposant « qu'à « l'avenir seront portées devant les conseils de préfecture « toutes les affaires contentieuses dont le jugement est attribué « au préfet en conseil de préfecture sauf recours au Conseil « d'État. »

M. Orillard rappelle très-bien comment cette disposition a été substituée à un article du projet primitif qui énumérait les articles des décrets et lois antérieurs qu'il avait pour but d'abroger, l'article 136 du décret du 17 mai 1809 sur les octrois et les articles 49, 70 et 78 de la loi du 28 avril 1816 sur les contributions indirectes. Il reproduit tous ces textes à la suite de l'article 11 de la loi de 1865, puis il ajoute (p. 476 et 477) : « Il n'est pas douteux que dans les cas prévus par les articles « ci-dessus rapportés, la compétence des conseils de préfec- « ture, à l'exclusion de celle des préfets, ne soit bien établie. « Mais quels sont les autres cas où le préfet avait droit de juri- « diction seul en conseil de préfecture? »

Nous comprenons la question. Elle se présente naturellement à l'esprit du lecteur attentif de la loi nouvelle. Mais M. Orillard y répond par un passage extrait de l'édition de 1840 du *Droit administratif* de M. de Cormenin (t. I, p. 174), dans lequel l'éminent publiciste « énumère ainsi qu'il suit les « attributions contentieuses des préfets en conseil de préfec- « ture. » Or cette énumération contient des matières telles que *l'approbation du tarif des évaluations cadastrales*, — *le changement de mode de jouissance des biens communaux*, — *l'autorisation pour les acquisitions, aliénations et échanges concernant les chemins communaux ainsi que leur entretien*, qui n'ont jamais eu le caractère contentieux.

Le respect pour ces grandes autorités qui ont rendu l'immense service de jeter en France les premières bases de la science administrative, ne doit jamais être de la superstition. Il fallait laisser tout ce passage dans le livre de l'illustre publiciste. M. Orillard livré à lui-même, et si la nécessité d'être bref n'eût pas entravé la liberté de sa pensée, n'eût pas fait cette énumération; il n'eût pas été entraîné non plus à y joindre

Digitized by Google

les matières financières, domaniales et forestières comprises dans le tableau C annexé à l'article 3 des décrets de décentralisation, qui ne présentent pas davantage le caractère contentieux et dont, par suite, les préfets, après comme avant la loi du 21 juin 1865, restent saisis à la condition de statuer en conseil de préfecture et sur l'avis des chefs de service.

La franchise de la critique sur ces deux points est un gage de la sincérité de l'éloge sur les autres.

Nous ne donnerions pas une idée complète de la précieuse publication de M. Orillard, si nous ne signalions pas les trois tables qui la terminent. Homme pratique, il comprend mieux que personne combien importe une table bien faite à tous les ouvrages de droit en général, et, en particulier, à un livre de la nature du sien. Aussi, à la table des 119 chapitres de l'ouvrage, laquelle permet d'un seul coup d'œil d'en embrasser l'ensemble, il en a joint deux autres : une table chronologique des lois, décrets, ordonnances, règlements, avis du Conseil d'État, arrêtés, rapportés en totalité ou par extrait dans le *Code des conseils de préfecture*, et enfin une table analytique par ordre alphabétique des matières contenues dans le volume. Avec toutes ces ressources, les recherches du lecteur sont aussi rapides que sûres.

Des tables ainsi faites sont un puissant élément de cette vulgarisation des lois administratives, que nous sommes impatients de voir accomplir par toutes les voies, et à laquelle le *Code des conseils de préfecture* vient prendre sa part de réalisation dans la mesure importante et par les moyens que nous avons décrits.

M. Orillard était dans des conditions excellentes pour réaliser ce travail. Un exercice prolongé des fonctions administratives au sein du conseil de préfecture de la Vienne, dont il est le doyen et dont la vice-présidence lui a été donnée par le premier décret rendu en exécution de la loi du 21 juin 1865; le succès de publications antérieures (M. Orillard est l'auteur d'un livre estimé sur *la Compétence et la procédure des tribunaux de commerce*); la longue pratique des affaires judiciaires au barreau de la Cour impériale de Poitiers, l'avaient merveilleusement disposé à mener à bonne fin une œuvre de cette nature.

Puisque nous venons de parler de M. Orillard avocat, nous profiterons de cette occasion pour remercier le gouvernement et le Corps législatif, qui, tout en insérant dans la loi du 21 juin 1865 l'article 3 sur l'incompatibilité des fonctions de conseiller de préfecture avec un autre emploi public et avec l'exercice d'une profession, ont eu l'équitable pensée de ne pas porter atteinte aux positions acquises d'un petit nombre de conseillers de préfecture, que quelques barreaux de province sont heureux de compter dans leurs rangs et qu'ils au-

Digitized by Google

raient vu s'éloigner avant le temps avec un vif sentiment de regret.

Cette tolérance, sagement admise dans l'exécution de la loi, a permis aux confrères de M. Orillard de lui donner, par leurs libres suffrages, la plus haute marque d'estime et de sympathie en le plaçant à la tête d'un barreau justement renommé.

Le barreau peut, ainsi que la justice administrative, s'honorer de la nouvelle publication dont nous avons cru devoir entretenir les lecteurs de la *Revue*.

Par elle, en effet, M. Orillard a rendu au palais, à l'école, à l'administration, au public tout entier, un incontestable service. TH. DUCROCQ.

COMPTE RENDU DE L'OUVRAGE DE M. MITTERMAIER

SUR LA PEINE DE MORT,

D'APRÈS LES TRAVAUX DE LA SCIENCE, LES PROGRÈS DE LA LÉGISLATION ET LES RÉSULTATS DE L'EXPÉRIENCE,

Par M. HELLO, inspecteur général honoraire adjoint des prisons.

La peine de mort, disait M. de Broglie en 1830, « est au « nombre des idées qui s'avouent et des choses qui se font. » L'opinion abolitionniste a fait de tels progrès depuis cette époque, que l'une des graves et sérieuses préoccupations des hommes d'État doit être de prévoir et préparer la solution de ce redoutable problème, et de s'entourer de toutes les études et de tous les faits qui peuvent y porter la lumière. D'un autre côté il importe aussi d'éclairer l'opinion abolitionniste pour la préserver des impatiences et des témérités.

Rien ne pouvait mieux répondre au double besoin de cette situation que l'ouvrage publié par le vénérable et savant M. Mittermaier, dans lequel il expose, depuis le milieu du XVIIIe siècle jusqu'à 1862, l'état de la question de la peine de mort, d'après les travaux de la science, les progrès de la législation et les résultats de l'expérience. Ce livre n'est pas une histoire du développement progressif des faits scientifiques, législatifs et pratiques qui se rattachent à la question de la légitimité et de l'efficacité de la peine de mort, mais il contient tous les matériaux utiles pour écrire cette histoire, recueillie avec les plus

Digitized by Google

patientes et les plus scrupuleuses investigations. C'est une complète et sérieuse enquête à laquelle M. Mittermaier s'est livré pendant un demi-siècle pour guider sa propre conscience, et qui vient aujourd'hui éclairer la conscience publique par le témoignage le plus digne de confiance et de respect.

C'est à l'âge de soixante-dix-sept ans que le vénérable Mittermaier a publié ce livre après avoir, ainsi qu'il nous l'apprend lui-même, consacré cinquante ans de sa vie à l'examen de cette grave question, et à poursuivre toutes les recherches à l'aide desquelles devait se former son opinion. Pendant les vingt premières années il avait cru que la peine de mort devait être maintenue dans l'économie des Codes pénaux des peuples modernes; mais le doute s'éleva dans son âme, et une étude persévérante des écrits des publicistes, des débats législatifs et surtout des documents statistiques de l'administration de la justice criminelle dans les pays les plus civilisés de l'Europe, détermina sa profonde conviction que la peine de mort doit disparaître des Codes pénaux, parce que, à l'époque avancée de notre civilisation, on ne pouvait plus croire à la légitimité ni à l'efficacité de son empire.

L'ouvrage de M. Mittermaier comprend de 1764, date de la publication du livre de Beccaria, jusqu'à 1862, un siècle qui, sous le rapport du mouvement scientifique et législatif qui se rattache à l'abolition de la peine de mort, se divise en trois périodes bien distinctes et bien tranchées : la première de 1764 à 1822, la seconde de 1822 à 1830, la troisième de 1830 à 1862. M. Mittermaier, en confondant la seconde période avec la première, a ainsi effacé une grande partie de l'initiative qui revient à la France dans les travaux scientifiques et législatifs qui constatent et caractérisent le développement progressif de cette grande réforme. Il est vrai que son livre, comme nous l'avons déjà dit, n'est pas une histoire, c'est une enquête sur la peine de mort, où il enregistre les écrits et les faits au fur et à mesure qu'ils se présentent, beaucoup plus soucieux de constater leur exactitude que d'apprécier leur importance relative.

Il faut ajouter que c'est naturellement dans le pays auquel il appartient et au milieu duquel il vit, que M. Mittermaier trouve à sa proximité la source, sinon la plus importante, du moins la plus abondante, des écrits et des faits à enregistrer dans son enquête. C'est ainsi que l'Allemagne, qui, dans le mouvement scientifique et législatif de la question de l'abolition de la peine de mort, ne saurait assurément venir qu'après l'Italie et la France, pourrait sembler au contraire mériter le premier rang, aux yeux des lecteurs qui ne feraient que parcourir superficiellement l'ouvrage de M. Mittermaier.

Nous allons suivre et apprécier rapidement et successivement ces trois périodes, et nous pouvons montrer dès le début

Digitized by Google

que nous n'apportons dans cet examen aucun sentiment de partialité en faveur de notre pays.

Ce fut Beccaria, dit avec raison M. Mittermaier[1], qui le premier ébranla les idées de son époque sur la peine de mort. Son œuvre, ajoute-t-il, « fut le fruit de ses entretiens avec les « hommes remarquables de la France et de l'Italie, appliqués « à la réforme du droit pénal. Si elle manque de profondeur, « si elle repose sur des principes qui ne supportent pas un « rigoureux examen, si même elle n'est pas exempte d'exagé- « ration, elle doit néanmoins indisposer fortement les esprits « contre la loi pénale existante. »

Nous partageons l'avis de M. Mittermaier, qui est du reste conforme à l'opinion des hommes compétents, sur l'ouvrage *des Délits et des peines*, que Beccaria commença à l'âge de vingt-quatre ans, acheva à vingt-six ans, mais ne publia que trois années après, à Milan en 1764, parce qu'il prévoyait les violentes attaques que cette publication allait soulever contre lui. Cet ouvrage n'avait pas une grande valeur philosophique et scientifique, mais il avait un mérite incontestable qui devait immortaliser son auteur, celui de venir le premier jeter sur la légitimité et l'efficacité de la peine de mort, un doute qui, sous l'empire de la morale chrétienne, devait se répandre et s'accroître de jour en jour parmi les nations civilisées. Mais nous ne croyons pas qu'on doive affaiblir singulièrement dans le livre de Beccaria le mérite de l'initiative en montrant qu'il s'était largement inspiré des idées des philosophes français, ainsi que le pense M. Mittermaier en s'appuyant sur la correspondance de Grimm.

Beccaria apprit sans doute de bonne heure la langue française qu'il parlait et écrivait correctement, et cette connaissance dut beaucoup faciliter ses relations avec les philosophes français. Mais la fausse et dangereuse théorie du *Contrat social* était en grande faveur à cette époque, et c'est précisément en s'appuyant sur cette théorie que Beccaria se prononça contre la peine de mort, parce qu'il n'admet pas que le citoyen puisse aliéner son droit à l'existence, et le laisser à la disposition du souverain.

Il ne venait donc pas emprunter, mais combattre les idées de Rousseau et de son école sur la peine de mort, car on n'a pas oublié cette déclaration de l'auteur du *Contrat social :* « Tout malfaiteur attaquant devient par ses forfaits rebelle et « traître à la patrie ; il cesse d'en être membre en violant ses « lois, et même il lui fait la guerre. Il doit en être retranché « par l'exil comme infracteur du pacte, ou par la mort comme « ennemi public, car un tel ennemi n'est pas une personne

[1] Page 16.

Digitized by Google

« morale, c'est un homicide, et c'est alors que le droit de la « guerre est de tuer le vaincu. »

L'abolition de la peine de mort que Beccaria conseillait dans son ouvrage en 1764, Léopold Ier, grand-duc de Toscane, vingt-deux ans plus tard, l'inscrivait en 1786 dans son Code pénal, et à son exemple l'empereur Joseph II, son frère, en décrétait la suppression la même année dans ses États. Ainsi c'est à deux souverains de la maison d'Autriche que revient l'honneur d'avoir les premiers proclamé cette grande réforme! Mais c'est à la Toscane qu'il était réservé de fonder l'autorité d'un précédent, car, grâce à la douceur de ses mœurs et aux progrès de sa civilisation, la Toscane, après bien des vicissitudes, s'est toujours montrée depuis digne de donner au monde civilisé l'exemple de cette glorieuse initiative.

Si dans la période qui nous occupe, de 1764 à 1822, la France n'a pas pris une participation remarquable à l'examen philosophique de la question de la peine de mort, il n'en est pas ainsi sous le rapport législatif. C'est la France, en effet, qui, en 1791, donne au monde civilisé le premier exemple d'une assemblée législative abordant résolûment la discussion publique de la légitimité et de l'efficacité de la peine de mort, dont les comités de constitution et de législation proposaient l'abolition à l'unanimité en matière pénale, mais en la maintenant exceptionnellement à l'égard des chefs de parti, déclarés rebelles par un décret du Corps législatif.

M. Charles Lucas, dans une remarquable introduction qui accompagne le recueil qu'il a publié *des Débats des Assemblées législatives de la France sur la peine de mort*[1], dit, en parlant de cette exception :

« Elle resta en dehors de la discussion, et il y avait deux « raisons à cela. D'abord c'était une arme révolutionnaire que « tous les partis voulaient conserver, parce que chacun espé- « rait l'utiliser à son profit, sans prévoir qu'elle devait leur « servir à tous à se détruire tour à tour.

« La seconde raison, c'est que cette exception ne paraissait « nullement gêner la discussion de l'abolition de la peine de « mort en matière pénale. On se disait que le péril social, qui « peut justifier la nécessité de sacrifier la vie d'un homme pour « sauver l'existence de la société, ne saurait jamais se pré- « senter de la part du criminel isolé qu'elle traîne et juge à son « tribunal. »

L'abolition de la peine de mort, que l'Assemblée nationale n'avait pas voulu admettre, ne fut pas repoussée par la Convention, mais seulement ajournée à la paix.

« Les uns, dit M. Lucas, n'ont vu dans cette résolution de

[1] Paris, 1827; Béchet, libraire.

Digitized by Google

« la Convention qu'une parodie d'humanité, les autres que la « satiété du meurtre, qui, après tant de sang répandu, faisait « tomber de lassitude le glaive de la loi; d'autres enfin ont cru « y trouver le besoin d'une amnistie, par laquelle la Convention « avait plutôt voulu faire respecter la vie de ses membres que « celle de l'homme. C'est prêter à la Convention deux senti- « ments que la terrible Assemblée n'éprouva jamais, ceux de « l'hypocrisie et de la peur. La Convention se servit de la « guillotine comme du canon, et elle en fit l'arme de guerre « au dedans, et combattit avec l'échafaud comme avec la mi- « traille. Le point de vue des comités de constitution et de « législation devint celui de la Convention. Les convictions « de cette Assemblée repoussaient évidemment le maintien de « l'échafaud dans l'ordre pénal, mais elle ne voulait s'en des- « saisir comme arme politique et révolutionnaire qu'à la paix : « elle était cruelle et sanguinaire, mais logique.

« L'Assemblée nationale, continue M. Lucas, en refusant « l'abolition de la peine de mort en avait au moins limité l'ap- « plication à l'assassinat, l'empoisonnement, l'incendie, et au « crime de lèse-nation au premier chef, mais le Code de 1810 « la prodigua dans trente-six articles..... C'est en vain qu'on « recherche dans les exposés qui ont précédé l'adoption de « ce Code, les motifs du maintien de la peine de mort et de « l'affligeante et barbare extension qu'elle y reçut..... Je me « trompe, l'exposé du conseiller d'État rapporteur indique « quelque part le motif d'application de la peine de mort à « l'assassinat. La peine de l'assassinat, dit-il, est la mort : « c'est celle *du talion*. C'est ainsi qu'on apprenait à la France « du XVIIIe siècle qu'on la ramenait à la justice du talion. »

Au résumé, dans cette première période que nous venons de parcourir, c'est à l'Italie que revient la glorieuse initiative du mouvement scientifique et législatif qui annonce et prépare l'abolition de la peine de mort comme une réforme qu'il appartient désormais à la civilisation chrétienne d'accomplir, et c'est à Beccaria et à Léopold que l'Italie doit cet immortel honneur.

Nous arrivons maintenant à la seconde période de 1822 à 1830 qui ne comprend que neuf années, mais on verra qu'elles sont fécondes et bien remplies.

M. Mittermaier pense avec raison que les principes qui doivent déterminer l'abolition de la peine de mort, s'étendent aux crimes en matière politique aussi bien qu'en matière pénale. Nous partageons complétement son avis, mais il ne faut pas croire que la doctrine de l'Assemblée nationale et de la Convention soit tout à fait abandonnée. Nous dirons même que le plus grand obstacle peut-être qu'ait à surmonter la réforme de l'abolition absolue de la peine de mort, se rencontre, nous le craignons, en matière politique.

Digitized by Google

C'est par cette raison que l'écrit publié par M. Guizot en 1822, sur l'abolition de la peine de mort en matière politique, nous semble dignement inaugurer la seconde période qui nous occupe. Jamais M. Guizot n'a porté plus haut l'intelligence philosophique de l'histoire, et n'en a tiré des enseignements plus utiles et des conséquences plus fécondes. Cet écrit sans doute n'est qu'une brochure, mais sous cette forme les idées vraies ne deviennent souvent que plus saisissantes et font plus vite leur chemin. Est-il un livre qui ait exercé sur les événements de son temps plus d'influence que la brochure de Sieyès?

C'est à M. Guizot que revient l'honneur d'avoir donné en France et en Europe ce mouvement d'abolition de la peine de mort en matière politique, qui s'est notamment produit, d'une manière si heureuse et si remarquable, à la révolution de 1830 et à celle même de 1848.

Deux années plus tard, en 1825, nous rencontrons dans cette période un fait nouveau et considérable qui vient ouvrir, pour ainsi dire, une nouvelle ère aux travaux de la science sur la question de l'abolition de la peine de mort. Jusque-là la science pouvait demander à la philosophie les raisons de la légitimité de la peine de mort, mais elle était complétement dépourvue des moyens d'en étudier sérieusement l'efficacité. C'est le gouvernement français qui en 1825, en publiant le premier compte rendu de la justice criminelle, vint donner les indications de la statistique pour permettre au philosophe et à l'homme d'État, de suivre et de constater le mouvement de la criminalité. Cet exemple de la France imité depuis par tous les gouvernements de l'Europe, a introduit désormais la méthode de l'observation dans les études du droit pénal, et préparé les arguments positifs qui ne pouvaient plus permettre aux défenseurs de la peine de mort, d'en invoquer indéfiniment la nécessité.

En 1826, nouvelle et troisième initiative de la France qui donne le premier exemple de l'esprit d'association, provoquant au nom de la morale chrétienne la liberté d'examen sur la peine de mort. La société de la morale chrétienne, qui réunissait dans son sein des hommes aussi éminents par l'élévation de leurs talents que par celle de leur position sociale, met publiquement au concours la question de la légitimité et de l'efficacité de la peine de mort.

Il est nécessaire de constater et marquer ici toute l'importance de ce concours. Il avait et devait avoir pour objet d'abord de provoquer sur la légitimité de la peine de mort un examen plus sérieux et plus approfondi que celui de Beccaria, en recherchant la solution dans les principes de la civilisation chrétienne et de la philosophie spiritualiste : il devait ensuite demander à l'examen de l'efficacité de la peine de mort ce que

Digitized by Google

n'avait pas fait et n'avait pu faire Beccaria, c'est-à-dire des indications précises et des appréciations positives.

La méthode d'observation n'était devenue, comme nous l'avons dit, d'une application sérieuse et même possible que depuis la date récente de la publication du compte rendu statistique de l'administration de la justice criminelle, qui avait été précédé de l'utile fondation de la *Gazette des tribunaux* et autres feuilles judiciaires, à l'aide desquelles on pouvait suivre les débats des Cours d'assises, et, pour tous les cas de condamnations capitales, saisir les circonstances qui précédaient et accompagnaient la fatale exécution.

Enfin l'objet du concours ne devait pas être seulement de demander les raisons d'abolir la peine de mort, mais encore les moyens de la remplacer. Il ne s'agissait pas uniquement de détruire, mais d'édifier.

L'ouvrage destiné à répondre à l'objet de ce concours et à en réaliser la pensée devait donc donner à la question d'abolition de la peine de mort le caractère, la maturité et les conditions pratiques d'une réforme qui ne se recommande pas seulement aux méditations du philosophe, mais aux préoccupations de l'homme d'État. Ce concours, à peine ouvert à Paris, donna l'idée d'en ouvrir un second à Genève. Quarante-deux ouvrages envoyés, écrits dans toutes les langues vivantes de l'Europe, témoignèrent combien ce double concours répondait à l'état des esprits. Les membres des jurys de Paris et de Genève [1] en signalèrent un qui, d'un avis unanime, avait une incontestable supériorité et présageait l'influence qu'il devait exercer sur la société et la législation.

Cette prédiction ne tarda pas à se réaliser. Publié en France en 1827 et traduit à l'étranger sous ce titre : *Du système pénal et de la peine de mort*, l'ouvrage du lauréat de Paris et Genève, M. Charles Lucas, imprima l'impulsion à ce mouvement abolitionniste qui ne s'est pas ralenti depuis, et a pris aujourd'hui des proportions si considérables.

Sans vouloir ici méconnaître que les deux premières parties du livre de M. Ch. Lucas, consacrées à l'examen de la légitimité et de l'efficacité de la peine de mort, en constituent la principale valeur scientifique, nous ne saurions pourtant attribuer à ces deux parties l'influence que son ouvrage a exercée. Nous reconnaissons volontiers, avec le célèbre criminaliste M. Faustin-Hélie [2], qui a tracé une savante analyse des différentes théories depuis Kant jusqu'à Rossi sur les fondements de la pénalité, « que la doctrine de M. Lucas, sans rejeter le « principe de la justice morale dont l'auteur admet le concours,

[1] On remarquait parmi ces membres MM. Guizot, de Broglie, Rossi, Sismondi, de Candolle, Charles Renouard, etc.

[2] Introduction à l'ouvrage de M. Rossi, *Du principe du droit pénal*, 1855.

Digitized by Google

« donne à la justice répressive une autre base et d'autres élé-
« ments, conserve un système qui lui est propre et une puis-
« sante originalité. »

Nous reconnaissons aussi que M. Lucas a su merveilleusement utiliser, pour démontrer l'inefficacité de la peine de mort, toutes les indications que pouvaient lui fournir l'étude de la statistique criminelle, et les faits constatés par les journaux judiciaires sur l'effet des condamnations à mort et des exécutions publiques.

La puissance des principes philosophiques fortifiée par l'autorité des faits est de nature sans doute à vivement troubler la conscience humaine et à ébranler profondément la peine de mort. Mais jamais l'homme d'État n'osera prendre la responsabilité de prononcer l'abolition d'une pareille peine, tant qu'on ne lui indiquera pas le moyen de la remplacer avec sécurité.

La troisième partie du livre de M. Lucas qui abordait ce point si important et si décisif, était faible et incomplète. Mais si elle ne donnait pas une solution, elle lui indiquait du moins la route qui devait y conduire. A l'idée païenne du talion, elle substituait l'idée chrétienne du régime pénitentiaire comme le principe dont devait désormais s'inspirer la pénalité. Pour faire entrer le mouvement abolitionniste dans la bonne voie, il indiquait une réforme destinée à précéder et préparer la suppression de la peine de mort, celle des prisons, à laquelle il donnait le nom de réforme pénitentiaire que désormais elle devait porter.

L'activité avec laquelle M. Lucas se mit immédiatement à l'œuvre pour propager l'idée pratique de la réforme pénitentiaire, la publication de ses deux ouvrages en 1828, sur le *Système pénitentiaire*, et, en 1836, sur la *Théorie de l'emprisonnement*, dont l'un lui valut le grand prix Montyon et l'autre son entrée à l'Institut, étaient le meilleur service qu'on pût rendre au mouvement abolitionniste. La réforme de l'abolition de la peine de mort ne devait plus désormais se produire qu'en s'appuyant sur la réforme pénitentiaire, qui dès lors se recommandait aux études sérieuses des hommes d'État.

Il nous reste à parler de la troisième période que M. Mittermaier a fait partir avec raison de 1830, mais il ne paraît pas suffisamment apprécier que ce qui justifie ce point de départ de 1830, c'est qu'il est la date de la révolution de Juillet, qui avait inscrit sur son programme la réforme pénale. M. Mittermaier commence en effet par l'Allemagne l'exposé des faits législatifs et des travaux scientifiques qui viennent inaugurer cette période. Il était plus logique de remonter de l'effet à la cause.

La France ne s'ébranle jamais sans remuer l'Europe entière et l'entraîner du côté où se portent ses idées et son activité.

Digitized by Google

La révolution de Juillet avait dès son début agité la question de l'abolition de la peine de mort en matière politique, et si l'on n'était pas arrivé à une solution législative, du moins la France était sortie pure de sang de ces débats parlementaires.

Les sentiments qu'avaient exprimés d'éloquents députés eurent un heureux retentissement dans plusieurs pays de l'Europe, et montrèrent les progrès de l'esprit public vers l'abolition de l'échafaud en matière politique.

Quant à l'abolition absolue de la peine de mort, elle excitait partout en France les vives sympathies du gouvernement, des chambres et du pays. Mais on sentait le besoin de préparer cette grande réforme par l'introduction dans les prisons d'un bon régime pénitentiaire. C'est dans ce but que le gouvernement envoyait MM. de Tocqueville et Gustave de Beaumont, Demetz et Abel Blouet, étudier le régime des prisons aux États-Unis, et qu'il confiait à plusieurs fonctionnaires la même mission en Europe. Placée à ce point de vue, la révolution de Juillet voulut néanmoins réaliser immédiatement un notable progrès dans son Code pénal, en le soumettant en 1832 à un travail de révision. On réduisit singulièrement le nombre des crimes auxquels pouvait s'appliquer la peine de mort, et on laissa en quelque sorte le pays lui-même juge des cas de son application, en introduisant l'admission des circonstances atténuantes sur lesquelles le jury était appelé à se prononcer.

Ainsi le programme de la révolution de Juillet était de préparer l'abolition absolue de la peine de mort par l'introduction du régime pénitentiaire dans les prisons, et l'admission des circonstances atténuantes dans la législation pénale.

La première partie de ce programme a été généralement adoptée en principe, et la controverse, qui a eu un moment une grande vivacité, n'a guère porté que sur la part qu'il convenait de faire à l'emprisonnement séparé, dans le cadre de la réforme pénitentiaire.

Cette réforme pénitentiaire de 1830 à 1861 a inspiré de remarquables écrits à plusieurs savants criminalistes de la France, de l'Allemagne [1], de l'Italie, de l'Angleterre, de la Belgique : elle a soulevé dans ces divers pays, au sein des Assemblées législatives, des débats intéressants; elle a reçu de remarquables applications notamment en Prusse, sous l'influence de l'ardent prosélytisme du savant Julius de regrettable mémoire, et en Belgique grâce à l'activité intelligente de M. E. Ducpétiaux, qui a montré tant de dévouement et de lumières dans l'inspection générale des établissements pénitentiaires de ce pays. Mais le système de l'introduction des circonstances atténuantes dans les législations pénales pour les crimes entraî-

[1] Parmi les ouvrages publiés en Allemagne sur la réforme pénitentiaire, ceux de M. Mittermaier méritent d'être particulièrement remarqués.

Digitized by Google

nant la peine de mort, admis par quelques Codes pénaux à l'étranger, et notamment par celui de Belgique, a rencontré dans plusieurs autres pays des résistances et même des exclusions.

Lorsque la révolution de 1848 vint de nouveau agiter les esprits et les Assemblées législatives elles-mêmes par les discussions de l'abolition de la peine de mort, le Parlement allemand réuni à Francfort proclama dans la Constitution germanique la suppression de la peine de mort, excepté dans les cas où le droit de la guerre la prescrit, et dans les cas de révolte où le droit maritime l'autorise.

Ce fut là un événement considérable dans l'histoire de l'abolition de la peine de mort, car la savante et studieuse Allemagne était représentée par des hommes d'un rare mérite et d'une profonde érudition. L'abolition de la peine de mort fut adoptée par les Assemblées législatives de la plupart des États allemands qui acceptèrent la Constitution nouvelle. Mais la réaction provoquée par les périlleux mouvements populaires de 1848 et 1849 entraîna le rétablissement de la peine de mort avec plus ou moins de restrictions. Toutefois ce rétablissement éprouva des résistances dans quelques États, et notamment dans le royaume de Wurtemberg. Les États de Nassau, Oldenbourg et Anhalt maintinrent l'abolition.

C'est alors surtout que fut discutée dans les différentes Assemblées de l'Allemagne l'utilité d'admettre, à l'exemple de la France, le système des circonstances atténuantes. Il n'obtint pas faveur. On crut généralement qu'il valait mieux, pour préparer par l'adoucissement des mœurs l'abolition de la peine de mort, supprimer la publicité des exécutions. Les lois de la Prusse, du Wurtemberg, de la Saxe, du grand-duché de Bade, prescrivirent que les exécutions auraient lieu dans un cercle limité de personnes désignées.

L'Angleterre, pendant la période qui nous occupe, poursuivit d'une manière active et persévérante la révision de ses lois pénales pour y réduire le nombre des cas auxquels pouvait s'appliquer la peine de mort. La force croissante, dit M. Mittermaier, de l'opinion publique contre cette peine encourage ses adversaires à provoquer des discussions parlementaires qui, sans aboutir encore à son abolition, la rendent de plus en plus impopulaire. Mais il faut dire à l'honneur du ministère anglais qu'il y contribue puissamment en sollicitant l'avis des hommes les plus autorisés sur les effets de la peine de mort.

En Belgique le projet d'un nouveau Code pénal, proposé en 1853 et adopté par la seconde chambre en 1861, donna lieu à des débats intéressants et prolongés sur la question de l'abolition de la peine de mort. La commission de la seconde chambre déclara qu'elle était unanime pour souhaiter d'abolir

Digitized by Google

la peine de mort, mais qu'elle demandait son maintien parce que la Belgique ne pouvait prendre l'initiative de son abolition en Europe, sans s'exposer, par sa situation même, à un grand danger.

La Belgique, chez laquelle, on peut le dire, la peine de mort est pour ainsi dire abolie de fait, ne réclame pas l'utilité de son maintien au nom de sa propre sécurité, et constate ainsi l'heureuse expérience de la suppression des exécutions.

Quant à l'Italie, l'ouvrage de M. Mittermaier, publié en 1862 et qui s'arrête à 1861, ne pouvait rendre compte de ces mémorables débats de 1865 au sein de la Chambre des députés d'Italie, qui, en face de l'expérience de la Toscane et sous l'influence de la parole éloquente de Mancini, a voté à une majorité si considérable l'abolition de la peine de mort. Le Sénat, il est vrai, n'a pas accueilli cette proposition, mais le chiffre même de la minorité, qui a partagé l'avis de la Chambre élective, montre le progrès considérable de l'opinion abolitionniste en Italie.

Ce qui caractérise surtout le mérite et l'utilité de l'ouvrage de M. Mittermaier, c'est la manière intelligente et consciencieuse avec laquelle il a su appliquer la méthode d'observation aux études de la criminalité. Dès son avant-propos il a le soin d'en avertir ses lecteurs. C'est sur la méthode d'observation que, selon lui, les sciences morales doivent, à l'exemple des sciences naturelles, s'appuyer désormais comme étant le procédé le meilleur pour leur perfectionnement.

« Il faudrait procéder ainsi, dit-il, en matière pénale, recher-
« cher la valeur de chaque peine dans le système pénal, inter-
« roger l'expérience pour connaître la nature véritable de la
« peine et ses effets : on arriverait ainsi à mettre la législation
« pénale en rapport avec les besoins, avec l'état de la civili-
« sation, et à lui faire produire de meilleurs résultats. »

M. Mittermaier répand de précieuses lumières sur le mouvement de la criminalité en général et de l'inefficacité progressive de la peine de mort en particulier, par les témoignages des statistiques officielles chez les divers peuples civilisés. Il déroule sous nos yeux le tableau de cette décroissance de jour en jour plus prononcée du nombre des condamnations à mort et de celui des exécutions. Il démontre que moins il y a de sang répandu sur l'échafaud, et mieux l'ordre social est protégé, car c'est dans la certitude et la proximité des peines que la société trouve la meilleure garantie de sa sécurité.

M. Mittermaier en rapporte un frappant exemple qui s'est produit en Angleterre à l'époque où la loi punissait de mort la falsification des bank-notes. « Malgré de nombreuses pour-
« suites, les verdicts de non-culpabilité étaient très-fréquents.
« A la suite de l'exécution d'un de ces faussaires, le Parlement
« reçut une pétition signée par un nombre considérable de

Digitized by Google

« banquiers qui demandaient l'abolition de la peine de mort « pour le crime de faux. Le Parlement fit droit à cette de- « mande, et les prévisions écrites dans la pétition des ban- « quiers se réalisèrent complétement, car une répression plus « certaine fit diminuer d'une manière notable le nombre des « falsificateurs de bank-notes. »

L'impartialité de M. Mittermaier n'a pas voulu exclure de son ouvrage les raisons qui, aux yeux des partisans de la peine de mort, militent en faveur de son maintien. Après les avoir exposées de la manière la plus consciencieuse, il se livre successivement à leur examen et fait remarquer, notamment en ce qui concerne les motifs de l'inopportunité de la suppression de la peine de mort, qu'ils n'ont pas varié depuis l'époque à laquelle ils se produisaient pour la défense de la torture. Alors aussi, dit-il, on affirmait et l'on cherchait à prouver que la société serait exposée aux plus grands dangers si on lui enlevait ces moyens énergiques et indispensables. Ainsi lorsque le roi Maximilien de Bavière, cédant aux instances du célèbre Fueurback, se détermina à abolir la torture dans ses États, il ne voulut pas que l'ordonnance qui prononçait cette abolition fût rendue publique, parce qu'il était persuadé que les malfaiteurs redoubleraient d'audace s'ils apprenaient que ce moyen de preuve était enlevé aux juges. Le temps a fait justice de ces craintes chimériques; la torture a disparu des Codes de toutes les nations civilisées, et aujourd'hui son nom seul nous fait éprouver un sentiment d'horreur que le souvenir de la peine de mort inspirera de même un jour à nos neveux.

Il est heureux qu'un ouvrage qui présente un ensemble si précieux de faits, de renseignements et d'observations sur la question de l'abolition de la peine de mort, ait été déjà traduit en Angleterre, en Italie et surtout en France où il sera lu avec tant d'intérêt et si utilement consulté. Cette traduction est un véritable service que nous a rendu M. Leven, avocat à la Cour impériale de Paris. Nous ne devons pas seulement louer le mérite de cette traduction, mais encore le talent dont le traducteur a fait preuve dans l'introduction qu'il a cru devoir ajouter à l'ouvrage de M. Mittermaier.

La plus grave objection peut-être qui s'élève contre la peine de mort, c'est que la justice humaine est faillible et qu'elle ne doit pas par ce motif admettre des peines irréparables. L'ouvrage de M. Mittermaier contient un chapitre intitulé : *De la condamnation de personnes innocentes,* qui échappe à l'analyse et qu'on doit lire en entier. L'auteur cite dans tous les pays civilisés des exemples d'erreurs judiciaires, et il indique scrupuleusement les sources auxquelles il a puisé les faits qu'il relate. Malgré tous les progrès de la procédure criminelle, il faut bien reconnaître que même en France on ne saurait croire à la certitude des jugements humains. Aussi le savant auteur

Digitized by Google

de la *Philosophie pénale*, M. Franck, dit-il avec raison : « Faut-il « croire qu'une peine irréparable comme la peine de mort « puisse être appliquée sans danger pour l'innocence, et par « conséquent pour la justice même, dont le respect est la pre- « mière garantie de la société? Non, M. Lucas a relevé dans « l'espace de six mois seulement, pendant l'année 1826, jus- « qu'à huit condamnations à mort prononcées contre des inno- « cents. Et comment l'innocence des condamnés a-t-elle été « constatée? Par l'arrêt d'un autre jury devant lequel ils ont « été traduits en vertu d'un arrêt de la Cour de cassation. »

La conclusion de l'utile et remarquable ouvrage de M. Mittermaier, c'est que du jour où elle s'est appuyée sur la réforme pénitentiaire, l'abolition de la peine de mort est devenue une conquête désormais acquise à notre civilisation moderne, dont la date pouvait encore être incertaine, mais dont le succès était assuré.

Mais il est vrai encore qu'on ne reconnaît pas toujours à la France le rang qui doit lui appartenir dans le développement de la réforme pénitentiaire. Nul ne songe assurément à contester son initiative dans le mouvement scientifique de cette réforme, et l'on avoue même assez généralement à l'étranger, ainsi que nous l'avons déjà dit ailleurs [1], qu'aucun pays ne saurait offrir pour l'éducation pénitentiaire, agricole et professionnelle des jeunes détenus, ce remarquable ensemble d'établissements publics et privés qui se rencontre dans le nôtre, et qui est pour la réforme sa meilleure garantie et sa plus féconde espérance.

On y avoue encore qu'en remplaçant les gardiens par la création d'une congrégation de sœurs de charité, chargées de surveiller les femmes détenues et d'empêcher par la discipline du silence les dangers de la corruption mutuelle, la France a ainsi donné le premier exemple de ce qu'on pouvait utilement emprunter aux traditions et aux austérités de la vie du cloître, et a imprimé pour ainsi dire aux prisons de femmes la physionomie d'un couvent pénitentiaire. Mais on présente sous un fâcheux aspect ceux de nos établissements consacrés aux condamnés adultes, et l'on accuse sans cesse le mouvement de notre criminalité de présenter un accroissement progressif de condamnations et de récidives.

Ce qu'il y a de plus regrettable, c'est que cette accusation est née dans notre pays, et de là s'est répandue au dehors : elle remonte à l'époque où la France s'était laissée aller à un véritable engouement pour le système cellulaire qu'on lui représentait comme une panacée universelle, destinée à régénérer les condamnés de tout sexe, de tout âge pour tous les dé-

[1] *Des colonies pénitentiaires en France*, 1865; Paris, librairie Cotillon.

Digitized by Google

lits et les crimes, et pour tous les degrés et établissements de détention.

Pour amener le gouvernement et l'opinion publique elle-même à ne pas reculer devant les millions que devait entraîner l'adoption de ce système, ses partisans sincères, mais passionnés, étaient poussés par la force des choses à jeter l'alarme sur le mouvement progressif de la criminalité et de la récidive. De là des exagérations qui avaient égaré l'opinion publique et dont elle subit encore aujourd'hui l'influence trop prolongée.

Nous sommes heureux qu'un document récent et officiel, la statistique des établissements pénitentiaires en France pour 1864, ait fait justice de cette erreur qui dénature l'état réel de la moralité de notre pays.

M. Dupuy, directeur de l'administration de ces établissements qui, en échange de la statistique française, a pu recevoir les statistiques officielles des autres pays, s'est trouvé ainsi en situation d'arriver à des appréciations comparées.

Mais il commence d'abord par établir le véritable état des choses en France, en ce qui concerne le mouvement des récidives parmi les libérés. Il constate que le nombre actuel des hommes libérés, repris et jugés dans les trois ans au sortir des maisons centrales, est de 34 sur 100. Leur nombre s'était élevé, il y a dix ans, à 38 sur 100[1].

« La statistique de la justice criminelle, dit-il, à laquelle « j'emprunte ces chiffres, constate une diminution analogue « pour les femmes libérées des mêmes établissements. La pro- « portion des récidives de ce sexe est descendue, en dix an- « nées, de 27 à 23. »

Après avoir constaté cette diminution dans le mouvement de la récidive, M. Dupuy montre qu'elle se produit également dans celui de la criminalité. En France le rapport des condamnés pour crimes et délits à la population générale est de 5,30 pour 1,000 habitants. La proportion était de 8,20 en 1855.

En passant ensuite à l'examen comparé des récidives en France et à l'étranger, M. Dupuy fait d'abord judicieusement remarquer que la France est dans la situation la plus désavantageuse pour cette comparaison. L'organisation du ministère public et de la police judiciaire, l'institution des casiers judiciaires et l'excellente administration de la justice criminelle, permettent d'arriver en France pour la constatation des récidives, ainsi que pour celle des délits et crimes, à une exactitude qu'aucun autre pays n'a pu encore atteindre. Cependant il démontre que la France n'a nulle part à craindre, pour la

[1] *Statistique des établissements pénitentiaires*, 1865; rapport, p. 23.

Digitized by Google

proportion comparée des récidives, le témoignage des chiffres des statistiques officielles.

Mais nous croyons devoir indiquer, surtout d'après le rapport de M. Dupuy, les résultats comparés entre la France et l'Angleterre, parce que ce sont les deux nations dont la civilisation est la plus avancée, et parce qu'ensuite on est trop porté à accorder à l'Angleterre une moralité supérieure à celle de notre pays.

« En Angleterre, dit M. Dupuy, les statistiques relèvent une « augmentation de 13 p. 100 dans le nombre des crimes et de « 9,6 p. 100 dans les condamnations pour récidives.

« L'extrait suivant, ajoute-t-il, des statistiques de 1860 à « 1863 représente l'état de la criminalité dans les grandes « villes de l'Angleterre et dans les districts ruraux.

« La moyenne des récidives à Londres et dans les dix villes « principales : Liverpool, Manchester, Birmingham, Leeds, « Sheffield, Bradford, New-Castle-Upon-Tyne, Wolverhampton, « Stoke-Upon-Trent et Bristol, s'élève à 55 p. 100, tandis « qu'elle est, dans le reste de l'Angleterre, de 30 p. 100.

« A Birmingham et à Liverpool surtout, le chiffre de la cri- « minalité dépasse les nombres les plus élevés qu'on ait con- « statés en France à toute autre époque; en 1861, l'ac- « croissement proportionnel des condamnations a été, pour « Birmingham, de 32 p. 100; en 1862, de 60 p. 100; en 1863, « de 64 p. 100, et la récidive s'est accrue de 88 p. 100. Les « condamnations dans la ville de Liverpool ont été dans la « proportion de 1 sur 58 habitants.

« En Angleterre, sur 47,9 habitants il y a 1 individu jugé, « tandis qu'en France on ne compte que 1 individu jugé sur « 55,1 habitants.

« La criminalité de l'Angleterre est donc supérieure à celle « de la France. »

Mais ce qu'il y a de plus remarquable, c'est que cette décroissance de la criminalité se produit surtout parmi les crimes que notre Code pénal punit de la peine capitale.

Nous sommes donc autorisé à conclure que la réforme de l'abolition graduelle de la peine de mort qui s'accomplit en France depuis 1830 sous l'empire du système des circonstances atténuantes et du régime pénitentiaire, et qui indique un mouvement progressif si prononcé [1], a eu pour résultat d'accuser en face de la diminution des condamnations et des exécutions à mort, un accroissement de la sécurité et de la moralité publiques.

L'ouvrage de M. Mittermaier démontre avec la dernière évi-

[1] Cette abolition progressive est en effet tellement prononcée que le nombre des condamnations à mort, de 79 en 1854, était descendu à 31 en 1862, à 20 en 1863 et à 9 en 1864; et sur ce nombre de 9 condamnations, 5 seulement ont été exécutées.

Digitized by Google

dence que la peine de mort n'est plus qu'un vieil édifice qui s'écroule de toutes parts et en tous lieux, malgré tous les efforts que l'on fait pour l'étayer, tantôt avec l'aide des circonstances atténuantes, tantôt au moyen de la suppression des exécutions publiques; et les étais mêmes destinés à le soutenir, ne sauraient contribuer qu'à en hâter la chute.

« Quel que soit, dit M. Lucas, le talent des hommes éclairés « qui réclament encore le maintien de la peine de mort, ils ne « sauraient lutter longtemps contre la force irrésistible de la « civilisation chrétienne qui doit effacer de nos Codes pénaux « cette dernière trace du talion..... La cause de l'abolition de « la peine de mort nous semble désormais gagnée si, en s'ap- « puyant sur les progrès de la raison publique, sur l'adoucis- « sement des mœurs et des développements de la réforme « pénitentiaire, elle échappe aux témérités des impatients. »

HELLO.

Nous sommes heureux d'annoncer à nos lecteurs l'apparition d'un ouvrage de M. C. Accarias, professeur agrégé à la Faculté de droit de Douai, *Théorie des contrats innomés et explication du titre* De præscriptis verbis, 1 volume in-8°. Paris, Retaux frères, 15, rue Cujas. — Ce livre renferme les vingt leçons que l'auteur a faites à la Faculté de droit de Douai, et dans lesquelles il expose cette théorie toute nouvelle des contrats innomés d'une façon si claire et si juridique que nous pouvons assurer que ce livre est indispensable à ceux qui s'occupent de l'étude du droit.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière civile.

Par M. Gabriel DEMANTE, ancien professeur à la Faculté de droit de Toulouse, professeur à la Faculté de droit de Paris.

LA RÉVOCATION DES DONATIONS, OPÉRÉE PAR LA SÉPARATION DE CORPS, SE PRODUIT-ELLE AVEC EFFET RÉTROACTIF, AU DÉTRIMENT DES TIERS ACQUÉREURS, QUI TIENNENT LEURS DROITS DE L'ÉPOUX DÉCHU?

Civ. rej., 30 août 1865 (Pal., 1866, p. 11); — Toulouse, 26 août 1863 (*ib.*); Pau, 8 août 1853 (Pal., 1856, 1, 45; S., 1853, 2, 495).

En prenant pour accordé, avec la jurisprudence des arrêts, que l'époux contre lequel la séparation de corps a été prononcée « *perd* tous les avantages que l'autre époux lui avait faits, soit « par leur contrat de mariage, soit depuis le mariage contracté » (art. 299 C. Nap.), il reste à déterminer si la *perte* encourue par l'époux coupable opère *résolution*, c'est-à-dire annulation avec effet rétroactif (résolution *ut ex tunc*) de tous ses droits sur les choses données, et si, par suite, il y a lieu de déclarer nuls tous les droits acquis à des tiers du chef de cet époux. Pour la négative, un fort préjugé s'induit des dispositions de la loi, relatives à la révocation des donations pour cause d'ingratitude; cette révocation rétroagit tout au plus au jour de la demande et laisse subsister les actes antérieurs du donataire (art. 958 C. Nap.). L'analogie entre les deux cas est évidente, toutes les fois que la séparation de corps est prononcée, soit pour cause d'adultère, soit pour cause d'excès, sévices ou injures graves. L'analogie existe encore, quoique d'une façon plus éloignée, dans le cas où la séparation résulte de la condamnation de l'un des époux à une peine infamante; ici l'époux coupable n'a pas dirigé l'injure contre la personne de son conjoint, mais il a démérité de lui, en lui rendant la vie commune insupportable par l'effet de son infamie.

Cependant l'analogie, quel qu'en soit le degré, ne peut suffire pour motiver le résultat dont il s'agit. Or le seul texte de la matière, l'art. 299 C. Nap., étant fort peu explicite et nous laissant

Digitized by Google

l'esprit à peu près en suspens sur la question, il faut remonter plus haut et rechercher en vertu des principes généraux de la science, quand la cessation des droits d'une personne sur une chose se produit, ou non, avec un effet rétroactif; en d'autres termes, il s'agit de savoir quand il y a lieu d'appliquer ou non le fameux adage : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.*

Rationnellement, en théorie pure, la question ne va pas sans perplexité. S'il convient de garantir énergiquement les droits de la personne au profit de laquelle la déchéance est établie, il ne faut cependant pas sacrifier légèrement les espérances légitimes des tiers qui ont contracté ou autrement agi, avant la déchéance encourue, avec le propriétaire intérimaire.

Pour que la déchéance de celui-ci réagisse vis-à-vis des tiers, il faut que la cause de cette déchéance ait été expressément indiquée dans le titre de l'aliénation, ou qu'elle y doive être sous-entendue par la nature des choses. Dans l'un et l'autre cas, les tiers ont connu ou ont dû connaître la qualité résoluble du droit de leur auteur; ils ont à s'imputer une faute s'ils l'ont ignorée; on conçoit alors la prévalence du droit du concédant primitif; c'est le cas d'appliquer l'adage : *Resoluto jure dantis, resolvitur jus accipientis.*

En appliquant ces principes à notre espèce, on doit décider que la déchéance de l'époux coupable ne réagit pas contre les tiers, à moins que la révocation pour cause de séparation de corps ne soit expressément stipulée, en forme de condition résolutoire, dans l'acte de donation. Mais une telle prévision aurait quelque chose d'injurieux, aussi la stipulation en question est-elle tout à fait insolite. Si elle est insolite, elle ne doit pas être sous-entendue; ce sont seulement les clauses fondées sur l'usage et la coutume que la bonne foi supplée dans les contrats... *Ea enim quæ sunt moris et consuetudinis in bonæ fidei judiciis debent venire.* (L. 31, § 20, D., *De ædil. ed.*)

Si la stipulation dont il s'agit ne doit pas être sous-entendue dans l'acte de donation, à plus forte raison ne doit-elle pas être censée répétée dans l'acte passé par l'époux donataire avec un tiers. Celui-ci ne peut être supposé s'y être soumis; on ne saurait lui reprocher de n'avoir pas porté sa prévision sur une telle éventualité et de ne pas s'être fait garantir contre ce danger. Telle est, à mon avis, la considération déterminante

Digitized by Google

pour le maintien des droits acquis à des tiers du chef de l'époux donataire.

Contre cette solution on produit l'objection suivante[1] : « L'article 1183 du Code Napoléon, portant que la condition « résolutoire est celle qui, lorsqu'elle s'accomplit, opère la « révocation de l'obligation et remet les choses au même état « que si l'obligation n'avait pas existé, a posé un principe « général qui s'applique à tous les contrats, sans qu'il soit « nécessaire qu'une disposition expresse déclare, pour chacun « d'eux, que la résolution produira effet à l'égard des tiers... « Ce qu'il faut induire du silence que garde l'article 299 sur « l'effet de la révocation à l'égard des tiers, c'est que cette « révocation produit les effets ordinaires, c'est qu'elle met les « choses dans le même état que s'il n'y avait pas eu d'avan- « tages faits; en un mot, pour qu'elle ne produisît pas d'effet à « l'égard des tiers, il faudrait que l'article 299 eût dit expres- « sément qu'elle n'en produirait pas. »

Mais cette argumentation tranchante affirme ce qui est en question, à savoir que la déchéance encourue par l'époux coupable soit l'équivalent d'une condition résolutoire, sous-entendue *ab initio* dans la donation. Le donataire ne perd les avantages à lui faits qu'à partir du jour où la séparation est admise. Jusqu'alors il a été réellement propriétaire; ceux qui ont traité avec lui, en cette qualité, ne doivent pas avoir à souffrir de l'obligation de rendre que lui impose ultérieurement le jugement de séparation. Ce n'est pas à nous d'apporter un texte formel pour démontrer que la déchéance en question ne produit pas un effet rétroactif; le cas proposé ne rentre pas dans la règle de la rétroactivité; il n'est donc pas besoin d'invoquer une exception pour l'en faire sortir. Sans doute, le texte de l'article 958, relatif au cas d'ingratitude, ne saurait être étendu hors de son cas précisément littéral, s'il ne posait qu'une exception. Mais nous soutenons que cet article fait l'application d'un principe différent de celui des conditions résolutoires. C'est ce même principe qui régit le cas proposé; ce principe, le texte de l'article 299 s'y réfère implicitement; il n'est pas

[1] J'emprunte ces lignes à l'analyse des moyens du pourvoi, donnée par le Journal du Palais (1866, p. 16).

V. dans le même sens, MARCADÉ, *Revue critique*, t. IV, p. 509; — Pau, 8 août 1853 (Pal., 1856, 1, 45; S., 1853, 2, 495).

Digitized by Google

nécessaire qu'il le confirme expressément; c'est assez qu'il ne l'exclue pas.

Les considérations qui précèdent se trouvent en substance dans l'arrêt de la Cour de cassation, cité en tête de cet article[1]; mais elles n'y sont pas déduites dans l'ordre qui nous paraît le plus méthodique. Ainsi l'argument d'analogie, tiré de l'article 958, y tient une place trop considérable. « Attendu, « porte l'arrêt, que la révocation de l'article 299, quand elle « est, comme dans l'espèce, la conséquence directe et néces- « saire de faits qui, aux termes de l'article 955, donnent lieu à « la révocation pour cause d'ingratitude, revêt tous les carac- « tères de cette dernière révocation, qui, selon les prescrip- « tions de l'article 958, ne préjudicie pas aux aliénations faites « par le donataire... » Si l'on s'attachait trop littéralement à ce motif, il faudrait dire avec M. Am. Boullanger, dans sa remarquable annotation doctrinale du Journal du Palais : « L'arrêt « laisse complétement en dehors de son appréciation le cas où « la séparation de corps aurait été prononcée pour une cause « autre que les excès, sévices et injures graves, par exemple « celui où elle aurait été motivée, soit par l'adultère du mari ou « de la femme, soit par la condamnation de l'un des époux à une « peine infamante. Faut-il conclure de là que, dans la pensée « de la Cour de cassation, il y aurait une distinction à établir « entre les divers cas de séparation? » Le savant annotateur ne le pense pas; mais il regrette, et nous regrettons avec lui, « qu'il existe dans le motif subsidiaire qui forme la base de sa « décision un certain vague de nature à jeter quelque doute « sur sa véritable portée. »

Hâtons-nous d'ajouter que l'arrêt de la Cour de cassation contient un motif plus solide, quand il conclut en ces termes :

« Attendu qu'il s'agit, au surplus, dans le cas de l'arti- « cle 299, d'une peine prononcée contre le donataire et qui, « étant toute personnelle à celui-ci, ne saurait, dans le silence « de la loi, rejaillir sur le tiers acquéreur de bonne foi, » etc.

Ainsi, en définitive, si l'on soumet à une analyse rigoureuse les motifs de notre arrêt, le caractère pénal de la révocation dans l'espèce demeure le seul motif qui en exclue la rétroacti-

[1] V., dans le même sens, M. Rodière, sur l'arrêt précité de la Cour de Pau (Pal., 1856, 1, 45); M. Mimerel, *Revue critique*, t. V, p. 527.

Digitized by Google

vité. Cette considération est fort spécieuse; c'est celle qui se présente en première ligne à l'esprit [1], et par conséquent nous ne saurions méconnaître qu'elle ne contienne une bonne part de vérité. Cette considération pourtant est-elle absolument déterminante? Le caractère pénal de la révocation est-il avec la non-rétroactivité dans un rapport exact de prémisse à conséquence? On en peut douter. La peine tend à affliger exemplairement le coupable, et, en matière civile, à réparer le tort fait à la partie offensée. Ici, tout au contraire, la non-rétroactivité arrivera le plus souvent à diminuer la responsabilité de l'époux coupable et à sacrifier les intérêts de l'époux offensé. Elle diminuera la responsabilité de l'époux coupable, toutes les fois que celui-ci aura traité avec le tiers acquéreur par un contrat entraînant garantie, puisqu'au lieu d'être tenu envers cet acquéreur des conséquences rigoureuses de l'action en garantie, il sera simplement tenu envers son conjoint à restituer la valeur des objets aliénés, eu égard au temps où la révocation s'est produite. La non-rétroactivité sacrifiera les intérêts de l'époux offensé; cela est évident, toutes les fois que l'époux coupable étant insolvable, l'action de son conjoint sera contre lui sans efficacité, *telum imbelle sine ictu!*

Comment donc rattacher au caractère pénal de la révocation une conséquence qui opérera la plupart du temps en sens inverse du but de la peine?

Il ne suffit pas de dire que toute peine est essentiellement personnelle et ne saurait dépasser la personne du coupable. Ce principe, évident pour les peines corporelles, est ici sans application. Pour ne pas faire rejaillir la peine sur le tiers acquéreur, on en fera pâtir l'époux offensé, doublement victime des fautes de son conjoint. Donc le caractère pénal de la révocation ne suffit pas à expliquer la non-rétroactivité de cette même révocation. Il faut remonter plus haut, faire rentrer ce motif dans celui que nous avons indiqué et dire : La révocation ne rétroagit pas, parce qu'étant pénale on ne peut présumer qu'elle soit entrée dans la prévision des contractants au moment de l'aliénation. C'est à peu près ce que disait, dans la cause, le jugement du tribunal de première instance de

[1] Comp. MERLIN, *Questions de droit*, v° *Résolution*, § 1.

Digitized by Google

Toulouse, dont les motifs ont été adoptés par l'arrêt de la Cour impériale contre lequel la Cour de cassation a rejeté le pourvoi : « Les faits déterminants de la révocation sont des faits « anormaux que l'on ne peut reprocher aux tiers de ne pas « avoir prévus. »

Quoi qu'il en soit de la valeur de cette observation sur les motifs, nous donnons, quant au fond, notre adhésion entière à la doctrine consacrée par la Cour de cassation, et nous espérons que l'arrêt du 30 août 1865 fixera définitivement la jurisprudence dans le sens qu'il a adopté.

Pour compléter cette étude, il reste à déterminer quelques conséquences de détail sur lesquelles la justice n'a pas eu à statuer dans l'espèce de l'arrêt.

A quelle époque remontera la révocation de la propriété de l'époux coupable? Ce doit être seulement à partir du jour où *la séparation de corps aura été admise* (art. 299 C. Nap.), c'est-à-dire à partir du jugement ou de l'arrêt qui l'aura prononcée. S'agissant d'une demande à laquelle le défendeur ne peut valablement acquiescer, on ne saurait faire remonter au delà de la prononciation du juge la révocation des avantages, non plus que les autres effets de la séparation, auxquels la loi n'a pas assigné un point de départ différent (comp. art. 313 C. Nap., modifié par la loi du 6 décembre 1850). Tel est le principe; sauf, en cas de fraude, l'application des règles ordinaires de l'action paulienne, auxquelles se réfère l'article 271 du titre du Divorce.

Pour modifier ce résultat, l'époux demandeur en séparation devrait conclure expressément à la révocation des donations pour cause d'ingratitude; et, comme on admet généralement aujourd'hui que les donations entre époux sont révocables de ce chef (nonobst. art. 959 C. Nap.), la rétroactivité de la révocation se trouvant alors déterminée par les règles spéciales de la matière, on suivrait les distinctions établies par l'article 958 du Code Napoléon, auxquelles les conclusions expresses du demandeur en séparation permettraient de se référer. La révocation remonterait alors, soit au jour de la demande, soit à la date de l'inscription qui aurait été faite de l'extrait de la demande en révocation, en marge de la transcription de l'acte de donation.

On est d'accord pour admettre une distinction semblable

Digitized by Google

quant à la séparation de biens. Accessoire à la séparation de corps, la séparation de biens n'a d'effet qu'à partir du jugement; mais la femme demanderesse en séparation de corps peut conclure expressément à la séparation de biens, et alors, moyennant l'observation des règles de publicité requises pour les demandes principales en séparation de biens, le jugement, quant aux effets de la séparation de biens, remonte au jour de la demande.

La même distinction devra être suivie quant à la restitution des fruits de la donation, à laquelle devra être condamné l'époux coupable, dans le cas où il aurait conservé la chose donnée, ou quant au point de départ des intérêts du capital à payer par lui, faute de restitution en nature.

Quant à la restitution de ce capital, nous l'avons déjà dit incidemment, elle doit être calculée suivant la valeur de l'objet donné au jour où la révocation s'opère, c'est-à-dire, en suivant toujours la même distinction, soit au jour du jugement de séparation, soit au jour de la demande. Nous le décidons ainsi, non pas à cause du texte de l'article 958, étranger au cas où la révocation n'a pas été expressément requise, mais à cause des principes doctrinaux dont cet article présente un cas d'application exacte. A défaut de restitution en nature, l'époux coupable est, dans tous les cas, débiteur envers son conjoint du montant de cette valeur. Il importe peu qu'il ait aliéné précédemment la chose à titre onéreux, ou à titre gratuit, car il ne s'agit pas pour lui de restituer *quatenus locupletior factus est;* il s'agit de mettre, autant que possible, l'époux offensé dans la situation où il serait dans le cas où la restitution eût été faite en nature.

Si le tiers acquéreur est lui-même un donataire, ne disons pas, avec M. Am. Boullanger (*loco supra citato*):... « C'est envers le « premier donateur et non envers l'époux déchu qu'il serait « tenu des obligations imposées à tout donataire, notamment « de celle de fournir des aliments. » Les rapports établis par la seconde donation subsistent toujours entre l'époux coupable et le tiers acquéreur; ils ne sauraient être transportés entre ce tiers acquéreur et l'époux premier donateur. Ce n'est qu'indirectement que l'époux, premier donateur, peut profiter des charges ou des causes de révocation de la seconde donation. S'agit-il des aliments? ils sont insaisissables; mais l'époux

Digitized by Google

offensé qui peut néanmoins devoir des aliments à son conjoint se trouvera exonéré jusqu'à due concurrence de sa dette alimentaire, à raison de ceux que le second donataire pourra être condamné à fournir. S'agit-il des aliments que le premier donateur pourrait avoir droit de réclamer? ils ne seront fournis par le second donataire qu'à la décharge et pour le compte de son propre bienfaiteur.

L'intérêt de notre observation se manifeste plus clairement encore pour l'application de l'article 960 relatif à la révocation des donations pour cause de survenance d'enfant.

Supposons la mort de l'époux offensé, l'époux coupable se remarie, et le cas de l'article 960 se réalise. La seconde donation est révoquée; les héritiers de l'époux offensé profiteront de cette révocation. Agiront-ils comme simples créanciers et subiront-ils le concours des autres créanciers de l'époux coupable? Non assurément. L'effet rétroactif de la révocation a été empêché seulement par la considération du droit acquis au tiers acquéreur. Le droit de ce tiers se trouvant résolu par une cause inhérente à son titre, l'obstacle à la revendication disparaît, et désormais les héritiers de l'époux offensé peuvent reprendre en nature la chose donnée.

Changeons l'hypothèse. L'époux coupable prédécède. Son conjoint convole en secondes noces. La survenance d'enfant sera sans effet, car les donations entre époux ne sont pas révocables de ce chef. Le tiers acquéreur, donataire de l'époux coupable, est toujours l'ayant cause de ce dernier, et, puisque sa propre donation a résisté à l'effet de la révocation opérée par la séparation de corps, elle ne saurait se trouver atteinte par la naissance de l'enfant survenu au premier donateur qui n'est pas pour lui l'auteur de la libéralité.

On pourrait multiplier les exemples, mais ceux qui précèdent éclairoissent suffisamment notre pensée.

Une dernière question nous reste à examiner, quant à l'application de l'article 4 de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription.

Si la révocation des donations est expressément prononcée par le jugement de séparation de corps, alors l'application de cet article paraît devoir être faite, sauf la question de savoir si l'inscription de la demande, dans le cas où elle aurait été opérée en vertu de l'article 958 du Code Napoléon, ne répon-

Digitized by Google

drait pas suffisamment au vœu de la loi et n'exonérerait pas l'avoué du demandeur de la responsabilité qui lui incombe relativement à la mention du jugement [1].

Mais si le jugement de séparation de corps ne statue pas expressément sur la révocation, on ne saurait y voir, aux termes de la loi dont il s'agit, un jugement *prononçant la résolution, nullité ou rescision d'un acte transcrit.* L'avoué du demandeur, qui s'est consacré tout entier à la protection des intérêts moraux soulevés par l'instance en séparation, a pu, sans aucune négligence, perdre de vue ou même ignorer complétement l'existence des avantages que la séparation révoque de plein droit, du jour où elle est admise. Le texte, aussi bien que l'esprit de la loi, répugne à l'application de la peine disciplinaire édictée contre l'avoué dans le cas d'une instance tendant à résolution, nullité ou rescision d'un acte transcrit.

Cette question d'ailleurs n'a qu'un intérêt secondaire. Par rapport aux tiers, l'effet de la révocation se produit, indépendamment de la publicité donnée au jugement par la mention faite en marge de la transcription.

Mentionné ou non au bureau des hypothèques, le jugement de séparation de corps opère de plein droit la révocation des avantages faits à l'époux coupable. A partir de ce jugement, mais, en général, sans remonter plus haut, les effets de cette révocation sont opposables à tous ceux qui traiteraient encore avec l'époux déchu. G. DEMANTE.

[1] V. le commentaire de M. TROPLONG, n° 224.

Digitized by Google

LE NOUVEL ARTICLE 187 DU CODE D'INSTRUCTION CRIMINELLE

ET SES CONSÉQUENCES

SUR LE DROIT D'OPPOSITION AUX JUGEMENTS PAR DÉFAUT EN MATIÈRE CORRECTIONNELLE, SUR LA PRESCRIPTION DE CES JUGEMENTS, LES RÉCIDIVES ET LE CUMUL DES PEINES.

Par M. Ernest BERTRAND, conseiller à la Cour impériale de Paris.

SOMMAIRE.

1. Modification apportée à l'article 187 du Code d'instruction criminelle par la loi du 17 juin 1866.
2. Difficultés que soulevait cet article quant au délai d'opposition, lorsque la signification du jugement par défaut n'avait pas été faite à la personne ou à son domicile.
3. Motifs pour maintenir au condamné absent et sans domicile, le droit d'opposition jusqu'à l'exécution du jugement, ou pour restreindre ce droit à cinq jours, comme pour le condamné présent ou dont le domicile est connu.
4. Le nouvel article 187 conserve le droit d'opposition jusqu'à la prescription de la peine; observations sur sa rédaction; questions qu'il va faire naître.
5. Comment se pose la question de la prescription par trois ou par cinq ans.
6. Motifs à l'appui de la prescription par trois ans.
7. Motifs à l'appui de la prescription par cinq ans; distinction entre la prescription de l'action et la prescription du jugement ou de son exécution; principes.
8. Quel est, relativement au jugement, l'effet de l'opposition à l'exécution de la condamnation.
9. Quelle influence les articles 637 et 638 du Code d'instruction criminelle peuvent exercer sur la solution de la question; assimilation des jugements par défaut régulièrement signifiés aux condamnations par contumace; l'article 641 du Code d'instruction criminelle; législation antérieure; motifs du Code.
10. Motif tiré de la disposition finale de l'article 187 nouveau.
11. Conséquences pratiques de la doctrine de la prescription par trois ans, dans l'intérêt public et dans l'intérêt privé; lacune singulière de deux années qui en résulterait au préjudice de la partie civile.
12. Difficultés relatives aux récidives et au cumul des peines; l'article 187 nouveau supprime la récidive et s'oppose au cumul des peines, pendant cinq ans, pour les condamnations par défaut.
13. Application de l'article 365 du Code d'instruction criminelle, lorsqu'il y a opposition aux divers jugements.

Digitized by Google

14. Son application dans le règlement de l'exécution des diverses condamnations par défaut, lorsqu'il n'y a pas opposition; trois systèmes; sur quels principes repose la doctrine du non-cumul des peines; jurisprudence de la Cour de cassation.
15. Intérêt qu'ajoute la loi sur les délits commis à l'étranger, à l'interprétation de l'article 187 nouveau.

1. La loi du 27 juin 1866, concernant les crimes, les délits et les contraventions commis à l'étranger, vient de fournir l'occasion de modifier l'article 187 du Code d'instruction criminelle. Cet article donnait au condamné par défaut, en matière correctionnelle, le droit de former opposition au jugement dans les cinq jours de la signification qui en aurait été faite *au prévenu ou à son domicile.* Le nouvel article 187 conserve cette disposition dans les mêmes termes, mais il y ajoute le paragraphe suivant : « Toutefois, si la signification *n'a été faite à « personne*, ou s'il ne résulte pas d'actes d'exécution du jugement que le prévenu en a eu connaissance, l'opposition sera « recevable jusqu'à l'expiration des délais de la prescription « de la peine. » On doit remercier le législateur d'avoir saisi cette occasion de trancher les graves questions que soulevait dans la pratique l'opposition aux jugements par défaut en matière correctionnelle; mais il ne faut pas se dissimuler que l'article 187 modifié ne suffira pas pour mettre fin aux difficultés anciennes; qu'il en fera naître de nouvelles, et que les tribunaux seront nécessairement appelés prochainement à l'interpréter, et à concilier son texte avec d'autres dispositions du Code d'instruction criminelle et des lois pénales. Il m'a semblé qu'il ne serait pas inutile, avant que la jurisprudence ait à se prononcer sur les conséquences du nouvel article, de bien préciser quel en est l'objet et d'indiquer, au moins sommairement, les points sur lesquels il laisse quelque obscurité dans la loi.

2. Le législateur qui nous a donné le Code d'instruction criminelle, s'était préoccupé des moyens d'assurer au condamné par défaut un recours contre les décisions qui l'avaient frappé en son absence, et sans qu'il eût pu se défendre. Dans l'article 187, il lui avait donné cinq jours pour former opposition au jugement par défaut, lorsque la signification en aurait été faite soit à lui-même, soit à son domicile. Pour les autres cas, dans l'article 641, il admettait implicitement le droit de former

Digitized by Google

opposition *tant que la peine ne serait pas prescrite* [1]. Il croyait certainement avoir tout prévu dans l'intérêt du prévenu absent, et cependant il le laissait exposé, dans le plus grand nombre des cas, au danger d'être condamné définitivement à son insu et sans avoir été entendu. Ce danger ne résultait pas des dispositions mêmes de la loi; il s'est produit parce qu'elle était incomplète, et qu'elle n'était ni assez claire ni assez explicite. Le Code n'indiquait pas dans quelles formes le jugement par défaut serait signifié, lorsque le prévenu ne pourrait pas être trouvé et que son domicile serait inconnu. La jurisprudence répara cette omission en faisant aux citations et aux significations des jugements en matière correctionnelle, l'application des dispositions des §§ 8 et 9 de l'article 69 du Code de procédure civile, portant notamment que, si le domicile et le lieu de la résidence actuelle ne sont pas connus, « l'exploit « sera affiché à la principale porte de l'auditoire du tribunal « où la demande est portée et une seconde copie donnée au « procureur impérial. » Excellente pour régulariser et clore la procédure par défaut, cette jurisprudence n'avait rien en elle-même qui pût compromettre les droits du prévenu, mais elle fit naître immédiatement une difficulté sur l'interprétation de l'article 187. La plupart des condamnés par défaut, auxquels les jugements sont notifiés dans les termes de l'article 69, §§ 8 et 9, du Code de procédure civile, sont des prévenus sans domicile fixe, qui ont disparu après le délit commis. Souvent ils n'ont pas eu connaissance des mandats décernés contre eux ou des citations données, ni même des poursuites. Ordinairement, lorsqu'ils sont arrêtés, c'est longtemps après la notification du jugement de condamnation. Il y avait à leur égard à se poser une question: Devait-on leur appliquer la disposition de l'article 187, et les déclarer déchus du droit de former opposition au jugement par défaut, après le délai de cinq jours, comme si la signification eût été faite à eux-mêmes ou à leur domicile? Il semble que la réponse à cette question n'eût pas dû être douteuse, et que personne n'eût dû admettre que, sous l'empire de la législation criminelle française, il fût possible de refuser à un prévenu tout recours contre un jugement de condamnation

[1] V. plus loin la discussion sur l'article 641 du Code d'instruction criminelle.

Digitized by Google

prononcé en son absence et dont il n'avait pas eu connaissance; cependant les avis se partagèrent. Plus d'une fois des arrêts, ont déclaré que la condamnation par défaut, signifiée régulièrement par affiches et au parquet du procureur impérial, dans les termes de l'article 69, §§ 8 et 9, du Code de procédure civile, était définitive, et que l'opposition n'était plus recevable parce qu'elle n'avait pas été faite dans les cinq jours de la signification.

3. Pour maintenir au condamné absent le droit d'opposition jusqu'à l'exécution du jugement, on disait : Le délai fatal de cinq jours ne peut être appliqué que dans le cas expressément prévu par l'article 187, lorsqu'il y a eu des notifications *à la personne ou à son domicile*. Si telle n'eût pas été l'intention du législateur, il n'eût pas, dans l'article 641, donné pour dernier terme au droit d'opposition l'époque de la prescription de la peine. Pour concilier cet article avec l'article 187, on est obligé de reconnaître que l'article 641 avait pour objet les condamnés qu'excluent les termes précis de l'article 187, c'est-à-dire ceux dont la signification du jugement n'a pu atteindre ni la personne, ni la résidence ou le domicile réel. — On ajoutait : Si pour la signification, lorsque le domicile est est inconnu et la personne absente, il est permis d'avoir recours aux règles posées par le Code de procédure, il faut les prendre avec l'esprit qui les a dictées et les conséquences qu'elles produisent en matière civile. Il importe de ne pas perdre de vue que la disposition exorbitante, qui permet de considérer comme légale la signification faite par affiche à la porte du prétoire et par copie laissée au procureur impérial, n'est qu'une *fiction*. Si elle a été acceptée en droit civil, c'est uniquement parce qu'elle trouve son correctif dans le principe que l'opposition est recevable jusqu'à l'exécution du jugement, principe formellement consacré par les articles 158 et 159 du Code de procédure civile et appliqué même aux matières commerciales (C. comm., art. 643)[1]. Si l'on transporte

[1] L'article 21 du Code de procédure civile donne au juge de paix le droit de proroger le délai d'opposition, s'il sait que le défaillant n'a pu être instruit de la procédure, et même de le relever de la rigueur de ce délai et d'admettre son opposition, s'il justifie d'absence ou de maladie grave qui l'ont empêché d'être prévenu. Cet article complète l'ensemble des disposi-

Digitized by Google

cette fiction dans la procédure criminelle, on doit évidemment y transporter aussi son correctif et admettre, dans ce cas, l'opposition jusqu'à l'exécution du jugement. On ne peut pas accorder moins de protection à l'honneur et à la liberté des personnes, qu'à leur fortune. — Enfin on faisait remarquer que, en matière criminelle, il faut s'en tenir à la lettre de la loi et ne pas raisonner par analogie, et qu'en supposant même un doute, l'interprétation la plus favorable au prévenu doit être adoptée.

A ces motifs si graves on répondait : Lorsque le législateur a promulgué le Code d'instruction criminelle en 1808, il connaissait les dispositions de l'article 69, §§ 8 et 9, du Code de procédure civile, qui date de 1806. Il a dû les avoir présentes à l'esprit et s'y référer; on ne peut pas s'expliquer autrement son silence sur les significations à faire aux prévenus condamnés par défaut, absents et sans domicile connu. S'il n'a pas reproduit les termes des articles 158 et 159 du Code de procédure, c'est qu'il n'a pas cru devoir en appliquer les principes au droit criminel. Le seul délai accordé par le Code d'instruction criminelle pour former opposition à un jugement par défaut est le délai de cinq jours écrit dans l'article 187. Du moment où il est admis que la signification faite aux condamnés absents et sans domicile connu, dans les termes de l'article 67 du Code de procédure civile, est régulière et légale, elle doit produire les mêmes effets que la signification à la personne ou à son domicile, et après les cinq jours écoulés sans opposition, elle devient définitive. S'il y a une lacune dans la loi, quelles qu'en soient les conséquences, il n'appartient pas aux tribunaux de la combler, c'est au législateur à y pourvoir.

Entre ces deux opinions, l'hésitation était grande. La Cour de cassation n'avait pas encore été saisie, *in terminis*, de la question de la recevabilité de l'opposition jusqu'à l'exécution du jugement. Mais elle semblait appuyer la doctrine contraire par quelques arrêts rejetant des pourvois formés contre des décisions judiciaires, qui avaient déclaré régulières et défi-

tions qui, au civil, ne permettent pas que les significations faites dans les termes de l'article 69, §§ 8 et 9, puissent jamais empêcher le juge d'admettre l'opposition.

Digitized by Google

nitives des significations faites dans les termes de l'article 69 du Code de procédure civile. D'un autre côté, aucun magistrat ne pouvait se dissimuler ce qu'il y avait de grave dans le refus d'admettre l'opposition, surtout après une condamnation à l'emprisonnement. En supposant même que parmi les défaillants il ne se rencontre jamais un innocent, ils savaient que la peine prononcée contre le prévenu absent est presque toujours plus sévère que s'il eût pu atténuer le délit par des explications et par sa défense[1], et que le plus souvent la peine est réduite sur l'opposition. Ceux mêmes qui étaient le plus disposés à nier le droit d'opposition, cherchaient en fait à éluder les conséquences d'une doctrine qu'ils regardaient aussi comme trop rigoureuse. Il en résultait, dans la pratique, quelque embarras et une certaine confusion. En première instance, on agissait comme si l'article 187 n'était pas applicable aux significations faites dans les termes de l'article 69 du Code de procédure civile, et les tribunaux correctionnels admettaient ordinairement l'opposition jusqu'à l'exécution ; jamais le ministère public ne s'y opposait. Les Cours impériales, au contraire, dans les cas rares où elles étaient saisies par l'appel d'un condamné, rejetaient le plus souvent l'opposition comme tardive, parce qu'elle n'avait pas été formée dans les cinq jours. Toutefois, ce n'était pas sans résistance, et, comme dans toutes les questions douteuses, les solutions variaient et n'avaient pas cette constance et cette uniformité si désirables surtout en matière criminelle, où les droits de la défense et de l'accusation doivent être nettement définis et rien ne doit être laissé à l'arbitraire.

4. Le nouvel article 187 va donner force de loi à la doctrine de la recevabilité de l'opposition après le délai de cinq jours, lorsque la signification du jugement par défaut aura été

[1] Il serait permis de dire que la sévérité contre les absents est une tradition judiciaire. Le commentateur de l'ordonnance de 1670 fait remarquer qu'elle était dans l'esprit de cette ordonnance, et il en donne pour motifs « que la fuite de l'inculpé le fait présumer coupable et que, en matière criminelle, toutes les condamnations prononcées contre un absent s'évanouissent dès qu'il se représente à justice, » ce qui autorise, jusqu'à un certain point, le juge à moins de scrupule. Mais la véritable raison, c'est que l'excès de sévérité contre les absents est souvent considéré comme un moyen de les contraindre à se représenter, quand ils sont innocents ou qu'ils ont des motifs d'excuse.

Digitized by Google

faite dans les termes de l'article 69, §§ 8 et 9, du Code de procédure civile; mais il ne fera pas cesser toute controverse. L'opposition sera recevable jusqu'à l'expiration des délais de la prescription de la peine, porte cet article, « si la signification n'a pas été faite à la personne. » Ici le texte est clair et non équivoque; mais il ajoute : « Ou s'il ne résulte pas d'actes « d'exécution du jugement que le prévenu en a eu connais- « sance. » C'est ouvrir une porte au doute et à la discussion, et risquer encore de voir des présomptions se substituer au droit et à la réalité des faits. L'article 159 du Code de procédure civile auquel cette disposition a été empruntée presque textuellement, exige de plus que l'acte d'exécution soit tel que le défaillant ait eu *nécessairement* connaissance du jugement. Il semble que ce mot « nécessairement » aurait dû prévenir toute discussion sur les actes qui peuvent rendre l'opposition non recevable, et cependant il s'en élève journellement. Il est certain à l'avance que les difficultés auxquelles donne naissance aujourd'hui l'article 159 devant les tribunaux civils, et d'autres plus sérieuses tirées de la nature et de l'objet des actes d'exécution en matière criminelle et de leur interprétation relativement à la connaissance que le prévenu aura pu en avoir, se produiront devant les tribunaux correctionnels. Le juge, dira-t-on, appréciera les circonstances ; c'est là le péril. Qu'au civil on abandonne le droit d'opposition à l'appréciation des circonstances et de la bonne foi du défaillant, rien de mieux. Mais au criminel, lorsqu'il s'agit d'un droit qui n'est au fond que le droit de se défendre et d'éclairer la justice, il est regrettable qu'il n'ait pas été placé au-dessus de toute contestation et qu'il ait été subordonné à des circonstances variables qui peuvent être mal interprétées. Si l'on eût restreint l'application des dispositions empruntées à l'article 159 du Code de procédure civile aux réparations civiles et même aux condamnations à l'amende [1], le danger eût été moins grand; mais elles

[1] Sous le régime de l'ordonnance de 1670, cette distinction existait pour les condamnations par contumace. Si les condamnés ne se représentaient pas ou n'étaient pas constitués prisonniers dans les cinq ans de la signification à domicile pour les absents, ou de l'affiche à la porte du prétoire pour les non-domiciliés en fuite, les condamnations pécuniaires, amendes et confiscations étaient réputées contradictoires. Lorsque les condamnations étaient corporelles, même après les cinq années et jusqu'à la prescription

Digitized by Google

s'appliqueront aussi aux condamnations à l'emprisonnement. Il eût été plus sûr et plus conforme peut-être au droit et à l'humanité, de copier les expressions de l'art. 476 du Code d'instruction criminelle concernant les contumaces, et de dire : « L'op-« position sera recevable si le prévenu se présente ou s'il est « arrêté, avant que la peine soit éteinte par la prescription. » On eût ainsi échappé à des discussions subtiles sur la connaissance hypothétique que le prévenu aura pu avoir du jugement ; sur l'époque à laquelle cette connaissance aura dû lui parvenir ; sur la possibilité ou l'impossibilité de former opposition, soit à raison de son éloignement, soit pour toute autre cause ; et sur l'interprétation de ces mille circonstances de fait dont la combinaison peut déjouer toutes les prévisions et même toutes les vraisemblances. Je dirais que l'on reste exposé à voir se reproduire, au moins en partie, les résultats fâcheux que le nouvel article 187 a eu pour objet de prévenir, et à se trouver encore en présence de condamnés à la prison alléguant qu'ils ont été jugés à leur insu et sans avoir pu se défendre, si l'on ne devait pas compter sur la pratique et la jurisprudence pour fixer, dans le sens le plus large et le plus favorable au droit de défense, ce qu'il y a de vague dans le texte de la loi. La règle de conduite constamment suivie par le ministère public et par les tribunaux, lorsque le droit pouvait paraître douteux, garantit ce qu'ils feront maintenant que le principe est écrit dans la loi et qu'ils n'ont plus qu'à en déduire les conséquences.

La doctrine qui restreignait à cinq jours, dans tous les cas, le droit d'opposition au jugement par défaut, avait un avantage. En donnant à ce jugement un caractère définitif à une date certaine, connue à l'avance et rapprochée des poursuites, elle empêchait de naître ou permettait d'éluder des questions délicates concernant la prescription, les récidives et le cumul des peines, qui vont se poser nettement dès le lendemain de la promulgation de la loi et qu'il faudra résoudre.

Nous allons successivement rechercher, et exposer brièvement, dans quels termes se poseront ces questions et les motifs de doute que présente leur solution.

acquise, « les défauts et contumaces étaient mis à néant par le seul fait de l'arrestation ou de la représentation du contumace. » (Art. 16, 18 et 28, tit. 17 de l'ordonnance.)

Digitized by Google

5. La première et la plus sérieuse est celle-ci : Lorsque le condamné sera absent et sans domicile connu, et que le jugement par défaut lui aura été notifié dans les termes de l'article 69, §§ 8 et 9, du Code de procédure civile, quel sera le délai de la prescription? En d'autres termes, que devra-t-on décider, si le condamné se représente et forme opposition au jugement plus de trois ans après sa signification, et avant l'expiration des cinq ans exigés pour la prescription de la peine par l'article 636 du Code d'instruction criminelle?

Deux systèmes se partagent les esprits. Suivant les uns, l'opposition admise aura pour effet d'anéantir complétement le jugement par défaut; il devra être considéré comme n'ayant jamais existé. Le prévenu ne sera plus en présence que de l'action publique et de l'action civile, et il aura le droit de leur opposer la prescription de trois ans aux termes des articles 637 et 638 du Code d'instruction criminelle; le juge devra même appliquer d'office cette prescription, qui est d'ordre public. Suivant les autres, au contraire, le jugement par défaut, régulièrement notifié, fera courir la prescription de la peine. Il ne permettra plus d'invoquer la prescription de l'action publique et de l'action civile, et, dans tous les cas, le seul effet de l'opposition, avant l'expiration des cinq ans, sera de donner le droit au condamné de remettre en question et de discuter la condamnation prononcée.

Du fait seul que l'opposition sera recevable *jusqu'à l'expiration des délais de la prescription de la peine*, il semble qu'on aurait le droit de déduire immédiatement que la prescription de cinq ans est seule applicable, quoique la condamnation puisse être frappée d'opposition. On ne doit pas, en effet, présumer que le but du nouvel article 187, en prolongeant le délai d'opposition, ait pu être d'ouvrir au condamné un moyen d'annuler le jugement et d'échapper à la justice par la prescription de l'action, avant l'expiration des cinq années exigées pour la prescription de la peine prise pour limite.

Mais cette disposition n'étant pas écrite dans la loi et pouvant être contestée, la controverse reste ouverte. Pour résoudre la question, il faut remonter aux principes généraux qui dominent les lois en matière criminelle, et interpréter l'article 187 nouveau en combinant son texte avec celui des autres articles du Code dont il fait maintenant partie.

Digitized by Google

6. Pour la prescription par trois ans, on dit : L'effet de l'opposition est d'anéantir le jugement qu'elle a frappé. La loi l'a formellement déclaré dans l'article 187 du Code d'instruction criminelle. Si, lorsqu'il est formé opposition à l'exécution du jugement en temps utile, la condamnation, aux termes de cet article, est *comme non avenue*, les choses sont remises en l'état où elles étaient avant que la condamnation fût prononcée. Par une conséquence nécessaire, le jugement « ne peut plus être considéré que comme un simple acte d'instruction ou de poursuite, à partir duquel commence à courir la prescription de l'action et non celle de la peine, » et quand il s'est écoulé plus de trois années depuis sa date, il ne reste plus qu'à faire application des dispositions des articles 637 et 638 du Code d'instruction criminelle combinés, et à mettre le prévenu en liberté. A l'appui de cette opinion, on invoque la jurisprudence de la Cour de cassation. Jusqu'à ce jour, elle n'a pas été saisie de la question dans le cas d'une signification régulière du jugement par défaut; mais dans des cas analogues et presque identiques, toutes les fois que l'opposition a été admise, soit parce que le jugement n'avait pas été signifié, soit parce que la signification n'était pas régulière, elle n'a pas hésité à ne considérer le jugement par défaut que comme un acte de poursuite, et elle a déclaré la prescription acquise après trois années écoulées, comme si les actes d'instruction et de poursuite n'avaient pas été suivis d'un jugement[1].

Ensuite, se plaçant à un autre point de vue, on soutient qu'un jugement par défaut, tant qu'il est susceptible d'opposition ou d'appel, ne peut servir de point de départ à la prescription de la peine. On s'appuie sur le texte de l'article 636 du Code d'instruction criminelle, aux termes duquel les cinq années révolues, exigées pour la prescription, sont comptées « de la date de l'arrêt ou du jugement en dernier ressort; et à l'égard des peines prononcées par les tribunaux de première instance, du jour où ils ne pourront plus être attaqués par la voie de l'appel. » On fait remarquer que ces expressions excluent un jugement qui peut encore être frappé d'opposition, le droit d'opposition impliquant le droit d'appel (C. inst. crim., art. 188).

[1] V. les arrêts et les auteurs cités sous l'article 636 du Code d'instruction criminelle, par M. Roland de Villargues, dans ses *Codes criminels*.

Digitized by Google

Ces motifs suffisent-ils pour trancher la difficulté? Nous ne le pensons pas. En réalité, ils ne touchent pas le fond de la question, et il nous paraît hors de doute que, si le jugement a été régulièrement signifié, le droit d'opposition conservé au condamné ne peut exercer aucune influence sur la prescription soit de l'action, soit de la peine.

7. En matière de prescription criminelle, il faut distinguer avec soin la prescription contre l'action publique et l'action civile, de la prescription contre l'exécution du jugement. Les principes qui les régissent ne sont pas les mêmes. — Tant que l'action publique ou l'action civile peuvent s'exercer, tant qu'il leur reste un acte à faire, on conçoit que, si elles s'arrêtent, la prescription coure contre elles. C'est la peine de leur inaction. La jurisprudence de la Cour de cassation que l'on invoque, n'est qu'une application de ce principe. C'est au ministère public, c'est à la partie civile qu'incombe l'obligation de signifier les jugements par défaut pour les faire connaître au condamné. Tant que cette signification n'est pas faite, ou, ce qui est équivalent, lorsquelle est irrégulière, la poursuite n'est pas close, on peut prescrire contre l'action publique et l'action civile. Mais il n'en est pas de même après un jugement par défaut régulièrement signifié dans les termes de la loi et, pour le cas qui nous occupe, dans les termes de l'article 69, §§ 8 et 9, du Code de procédure civile; le ministère public et la partie civile ont épuisé leur action, la signification du jugement y a mis fin. La prescription d'un droit suppose toujours le non-exercice de ce droit, une abstention d'agir pendant le temps nécessaire pour que la prescription soit acquise [1]. Comment pourrait-on prescrire contre une action qui s'est pleinement exercée et lorsqu'il ne reste plus un seul acte à faire? Dès que le jugement a été régulièrement signifié, ce n'est plus en présence de l'action publique et de l'action civile que se trouve le défaillant, c'est en présence du jugement de condamnation, dont l'exécution est poursuivie contre lui. A partir de ce moment, si la prescription court, ce n'est plus contre l'action qui est épuisée, c'est contre l'exé-

[1] Le principe de la prescription, dit M. Troplong (*Prescription*, n° 24), est dans le silence de celui qui possède un droit et l'acquiescement que ce silence suppose.

Digitized by Google

cution du jugement qui, seule, reste suspendue par la fuite ou par l'absence du condamné. S'il était encore possible à cette dernière heure d'invoquer contre le ministère public et la partie civile, la prescription de leur action, on se heurterait contre une fin de non recevoir invincible. Ici s'appliquerait, dans toute sa force, la règle de droit : « *contrà non valentem « agere non currit prescriptio* [1]. » Si l'on ne peut prescrire contre celui qui est dans l'impossibilité d'agir, ce doit être surtout lorsque cette impossibilité provient de ce que les moyens légaux d'action ont été épuisés, et qu'en même temps elle résulte de faits personnels à celui qui invoque la prescription.

8. Le droit d'opposition, réservé au condamné après une signification régulière, jusqu'à l'expiration des délais de la prescription de la peine, ne peut infirmer ni cette conclusion ni ses motifs.

En vain l'on objecte que le jugement par défaut est anéanti par l'opposition et qu'il ne peut plus produire aucun effet ; que la loi d'ailleurs est formelle et ne fait courir la prescription de la peine que du moment où le jugement est définitif et en dernier ressort. Il importe de bien préciser la portée des textes qu'on invoque.

Il n'est pas exact de dire que le jugement par défaut est *anéanti* par l'opposition du condamné, et qu'il ne peut plus produire aucun effet. Il nous suffira, pour le démontrer, de rapprocher les termes de l'article 476 du Code d'instruction cri-

[1] Nous pensons avec la plupart des jurisconsultes que le droit criminel doit, en matière de prescription, emprunter les règles du droit civil, sauf les exceptions résultant des textes et de l'esprit des lois criminelles, et c'est en effet ce que n'hésite pas à faire la Cour de cassation, toutes les fois que l'occasion s'en présente. Elle a notamment décidé que l'on devait appliquer aux matières criminelles la règle *contra non valentem agere.....*, que nous invoquons ici. (V. entre autres un arrêt Froger du 7 février 1840, B. crim., n° 48, rendu sur les conclusions conformes de M. le procureur général Dupin et qui commence ainsi : « Attendu que la prescription ne peut courir contre ceux qui ne peuvent agir..... ») Mais quelques auteurs soutenant l'opinion contraire, il n'est pas inutile de prouver que, même en se plaçant à leur point de vue, nous n'aurions pas à modifier nos conclusions. — A ceux qui donnent pour principe à la prescription de l'action criminelle « le dépérissement des preuves par le temps, » nous dirons qu'ici ce dépérissement ne peut pas être invoqué, puisque les preuves du délit ont été réunies et leur valeur appréciée au moment du jugement que frappe l'opposition.

Digitized by Google

minelle de ceux de l'article 187 et d'analyser, en quelques mots, la jurisprudence de la Cour de cassation.

L'article 476 porte : « Si le contumace se constitue prisonnier ou s'il est arrêté, le jugement est *anéanti* de plein droit. » On ne trouve plus ces expressions dans l'article 187. S'il admet l'opposition, ce n'est pas au jugement, mais seulement à son exécution ; ce n'est pas non plus le jugement qu'il déclare *non avenu* par suite de l'opposition, c'est la condamnation. Il y a là une distinction qui, dans la pensée du législateur, a dû avoir son importance et sa signification. Dans le cas de l'article 476, l'arrêt de contumace disparaît complétement; il faut que l'accusé soit jugé contradictoirement, même s'il déclare donner son acquiescement à sa condamnation. Dans le cas de l'article 187, le jugement subsiste malgré l'opposition. Il reprend toute sa force et produit tous ses effets, si le condamné est débouté [1], ou seulement s'il ne suit pas l'audience (art. 188 Code d'inst. crim.). Lorsque le condamné suit l'audience, le tribunal doit prendre l'affaire dans l'état où elle était au moment du jugement par défaut; il ne peut examiner les faits postérieurs [2]. Il ne juge pas à nouveau. Le premier jugement a été rendu contradictoirement avec le ministère public et la partie civile; à leur égard, il a acquis la force de chose jugée. Ils ne peuvent rien demander au delà; la peine et les réparations civiles ne peuvent plus être augmen-

Cette opposition n'annule pas la procédure, dont tous les éléments conservent leur force et leur intégrité. Il a même été jugé par la Cour de cassation (3 septembre 1831, Rouby,) qu'il n'était pas nécessaire d'entendre de nouveau les témoins contradictoirement avec le défaillant, le procès-verbal de leur audition au moment du jugement par défaut n'ayant rien perdu de son autorité. — A ceux qui veulent que le fondement de la prescription soit « l'inutilité des poursuites et l'inefficacité de la peine dans l'intérêt social, après un certain nombre d'années, » nous ferons remarquer qu'ici la poursuite a été exercée en temps utile, et que l'inefficacité de la peine ne peut être invoquée à une époque où la loi elle-même la proclame encore efficace, puisque le temps fixé par elle pour la prescription de cette peine n'est pas encore atteint.

[1] Cass., 30 décembre 1808 (Caille); J. P. — Cass., 9 mai 1823 (Bonneau); J. P. — Rouen, 27 mai 1834; Dalloz, *Rép.*, v° *Jugement par défaut*, p. 698. — Cassat., 14 décembre 1838; B. crim., n° 385. — Cass., 24 avril 1846; B. crim., n° 102. — Faustin-Hélie, t. VII, p. 472, 828.

[2] Cass., 15 octobre 1846; B. crim., n° 278.

Digitized by Google

tées [1]. Le seul point à examiner, c'est si la condamnation ne doit pas être maintenue. Lorsqu'elle est maintenue, un nouveau jugement n'est pas nécessaire, le juge se borne ordinairement à ordonner l'exécution du jugement par défaut. Il peut même se dispenser de reproduire les motifs de ce jugement et simplement s'y référer, le second jugement « ne formant avec le premier, dit la Cour de cassation, qu'un tout indivisible [2]. » Ainsi nous avons le droit de dire, en nous appuyant sur les textes et sur la jurisprudence, que le jugement par défaut n'est pas anéanti par l'opposition : il conserve une force qui lui est propre, même au moment où le juge statue sur l'opposition; l'effet de l'opposition se restreint à suspendre l'exécution du jugement jusqu'à un nouvel examen contradictoire ; cet examen n'ouvre au prévenu aucun droit nouveau, les choses sont simplement remises en l'état où elles étaient au jour du jugement par défaut; le prévenu a le droit de faire valoir toutes les exceptions et tous les moyens de défense qu'il eût pu présenter s'il eût comparu devant les premiers juges, mais rien de plus, et comme conséquence, il ne pourrait opposer la prescription de l'action publique et de l'action civile que si elle avait été acquise au moment de cette comparution. Tout ce qui est survenu depuis le jugement par défaut est comme non avenu, si le temps écoulé ne permet pas d'invoquer contre ce jugement lui-même la prescription de la peine.

9. Les motifs tirés des articles 637 et 638 ne sont pas mieux fondés. Lorsque le législateur s'est occupé de la prescription des peines, il prévoyait nécessairement l'absence du condamné, qui seule peut s'opposer pendant plusieurs années à l'exécution du jugement. Demander, pour faire courir cette prescription l'accomplissement par le prévenu absent d'actes et de formalités qui supposent sa présence, et la subordonner aux délais de faveur qui peuvent lui être accordés pour remettre en question la chose jugée en son absence, c'est évidemment introduire dans la loi des exigences contraires à son esprit et à la nature même des faits qui l'ont rendue nécessaire. Il faut

[1] Cass., 18 mars 1853 ; B. crim., n° 217; D. P., 53, 5, 291; — et, comme analogie, toute la jurisprudence de laquelle il résulte que la situation du prévenu ne peut être aggravée sur son appel.

[2] Cass., 19 mai 1848 ; B. crim., n° 155. — Faustin-Hélie, *Inst. crim.*, t. VII, p. 472.

Digitized by Google

en revenir aux principes. Le moment où cesse la possibilité de prescrire contre l'action publique et l'action civile, est nécessairement, comme nous l'avons démontré plus haut, le moment où ces deux actions ont épuisé tous les moyens de poursuite légaux. Ce moment ne dépend pas de l'inculpé, mais du ministère public et de la partie civile seuls et de la manière dont ils ont exercé leur action. Ce n'est donc pas à l'égard de l'inculpé qu'il importe, pour faire courir la prescription de la peine, que le jugement soit définitif, mais à l'égard de ceux qui le poursuivent. C'est à eux, et à eux seuls, que s'appliquent les dispositions de l'article 636. Les prescriptions de cet article sont remplies, dès que le jugement ne peut plus être attaqué par la voie de l'appel, soit par la partie civile, soit par le ministère public, ou que, en ce qui les concerne, l'arrêt est en dernier ressort. La faculté laissée au condamné de former opposition jusqu'à l'expiration du délai de la prescription de la peine, ne peut pas avoir plus d'effet que la faculté laissée au contumace de se représenter pendant le même délai ; or, suivant la jurisprudence constante de la Cour de cassation, l'arrêt de condamnation intervenu, même par contumace, a pour résultat de clore la prescription de l'action publique pour y substituer celle de la peine prononcée par l'arrêt[1]. Le 1er avril 1858, sur le rapport de M. Plougoulm, la chambre criminelle a cassé un arrêt qui ne s'était pas conformé à cette jurisprudence. Le motif de cassation est que, « s'il en était autrement, le ministère public « se trouvant en présence de l'arrêt par contumace qui ne lui « permet plus aucun acte de poursuite, n'en verrait pas moins « s'accomplir contre son action une prescription qu'il ne « pourrait plus interrompre[2]. » Ce motif s'applique également, comme nous l'avons vu, au jugement par défaut régulièrement signifié ; la raison de décider est la même[3].

[1] Cass., 5 décembre 1861; B. crim., n° 266. — Cass., 17 avril 1863; B. crim., n° 124 ; — et d'autres arrêts cités par Dalloz, *Rép.*, v° *Contumace*, n°s 85 et suiv.

[2] Cass., 1er avril 1858 ; B., n° 112.

[3] L'intention d'assimiler le jugement par défaut à la condamnation par contumace, ressort en termes exprès de l'exposé des motifs du nouvel article 187. On y lit au § 19 : « Le gouvernement propose d'assimiler au « condamné criminel par contumace le condamné correctionnel par « défaut, lorsque ce dernier prouve que la signification du jugement

Digitized by Google

L'assimilation des résultats des jugements par défaut et des condamnations par contumace, en ce qui concerne leur effet sur la prescription, a été faite par le législateur de 1808 lui-même dans l'article 641 du Code d'instruction criminelle, dont voici les termes : « En aucun cas les condamnés par défaut ou « par contumace, dont la peine est prescrite, ne pourront être « admis à se présenter pour purger le défaut ou la contumace.» Il est évident qu'il résulte de cet article, *e contrario*, que le condamné par défaut peut, comme le condamné par contumace, se présenter tant que la peine n'est pas prescrite, et aussi que la condamnation par défaut fait courir la prescription de la peine, de la même manière et dans les mêmes conditions que la condamnation par contumace.

Cette interprétation acquiert une nouvelle force lorsqu'on rapproche l'article 641 de la législation antérieure. Ce n'est pas par inadvertance que les mots *par défaut* y ont été insérés. Cet article, quant aux condamnations par contumace, est la reproduction textuelle de l'article 481 du Code de brumaire an IV, en vigueur au moment de sa rédaction. L'article 480 de ce Code fixait la durée de la prescription de la peine après une condamnation par contumace, et l'article 481 portait : « Ce « temps passé, l'accusé n'est plus admis à se présenter pour « purger sa contumace. » Il ne faisait, comme on le voit, aucune mention, des jugements par défaut. Leur mention ajoutée dans l'article 641, démontre jusqu'à l'évidence que, dans l'intention du législateur de 1808 [1], les condamnations par défaut devaient faire courir la prescription de la peine, et que, au moins dans certains cas pour lesquels il admettait nécessairement que le droit d'opposition restait ouvert [2], le défaillant,

« n'a pu être connue de lui..... » Il est vrai qu'il ne s'occupe ici que du droit d'opposition, mais les autres conséquences en dérivent forcément.

[1] Il importe de faire remarquer que ce législateur est le premier qui ait introduit dans la loi des dispositions sur les jugements par défaut et les oppositions, en matière criminelle. Il n'en est fait mention ni dans l'ordonnance de 1670, ni dans les Codes de 1791 et de brumaire an IV. Sous l'empire de ce dernier Code, il avait fallu un avis du Conseil d'État (11 février 1806) pour faire admettre l'opposition contre les jugements par défaut rendus en police correctionnelle.

[2] Nous avons déjà dit précédemment que ces cas sont ceux où le jugement ne pouvait être signifié ni à la personne ni à domicile, les seuls prévus par l'ancien article 187 du Code d'instruction criminelle, et les seuls

Digitized by Google

comme le condamné par contumace, pouvait se présenter pour purger le défaut, jusqu'à ce que la prescription de la peine fût acquise.

La même intention ressort aussi des termes mêmes de l'exposé des motifs du livre II, titre 7, du Code d'instruction criminelle, par M. Félix Réal. Après avoir fixé la durée de la prescription de l'action civile et de l'action publique, il ajoute : « Lorsqu'il s'agit d'une contravention de police, qu'il y ait ou « non une poursuite, s'il n'est pas intervenu de jugement, le « délai de la prescription (contre les deux actions) courra du « jour où l'infraction aura été commise. Dans les deux autres « cas (les délits et les crimes), s'il y a eu poursuite sans juge- « ment, le délai pour la prescription courra à compter du der- « nier acte. Est-il intervenu jugement, il prononce des con- « damnations civiles et des peines; les condamnations civiles « se prescriront d'après les règles établies par le Code Napo- « léon ; les peines se prescriront par vingt ans, s'il s'agit de « *crimes*; par cinq ans, s'il s'agit de *délits* correctionnels ; par « deux ans, s'il s'agit de *contraventions*, les délais se comptent « de la date des arrêts ou jugements. En aucun cas les con- « damnés par défaut ou par contumace dont la peine est pres- « crite, ne pourront être admis à purger le défaut ou la con- « tumace. » Ici il n'y a pas d'erreur ou d'équivoque possibles ; les expressions sont claires et formelles, le mot *défaut* s'applique bien aux jugements correctionnels. Il n'est pas moins évident que le législateur veut que, dès qu'il est intervenu une décision judiciaire, qu'il s'agisse d'un crime, d'un délit ou d'une contravention, d'un jugement même par défaut ou d'un arrêt par contumace, la prescription de la peine se substitue à la prescription de l'action. Il veut qu'elle s'y substitue, quoique le contumace puisse anéantir l'arrêt en se représentant, quoique le défaillant ait la faculté de former opposition, puisqu'il prévoit que ces cas peuvent se présenter. Il n'eût pas, en effet, jugé nécessaire de dire en termes exprès qu'après le délai de la prescription de la peine expiré, toute voie de re-

auxquels s'appliquait la déchéance pour non-opposition dans les cinq jours. Si le législateur n'eût pas eu ces cas en vue, il eût été inutile d'insérer dans l'article 641 les mots *par défaut* et de dire que l'opposition ne serait plus reçue après cinq années, puisque l'opposition n'eût jamais été recevable que pendant cinq jours.

Digitized by Google

cours serait fermée au contumace et au défaillant condamnés, s'il n'eût pas pensé que, sans une disposition formelle de la loi fixant une limite, ils conserveraient indéfiniment le droit de purger le défaut ou la contumace [1].

10. Ainsi que je l'ai déjà fait remarquer, en donnant, comme l'article 641, le délai de la prescription de la peine pour extrême limite au droit d'opposition, le nouvel article 187 du Code d'instruction criminelle conduit aux mêmes conséquences. On peut même en tirer un argument nouveau. La meilleure preuve, en effet, que la prescription de la peine court, quoique le jugement par défaut puisse être frappé d'opposition, c'est que le nouvel article 187 suppose que cette prescription est acquise, au moment où il fait cesser le droit d'opposition. Si elle est acquise, c'est qu'elle a couru, et si elle peut être invoquée par le condamné à l'expiration des cinq ans écoulés depuis le jugement, elle peut l'être contre lui tant que les cinq ans ne sont pas expirés.

11. Si les motifs à l'appui de la doctrine que je viens de résumer, ne suffisaient pas pour fixer en ce sens la jurisprudence, s'il était admis que le jugement par défaut régulièrement signifié n'interrompt pas la prescription de l'action pour faire courir la prescription de la peine, il faudrait se hâter de compléter, par une loi nouvelle, le nouvel article 187.

D'abord il donnerait aux absents et aux prévenus non domiciliés le privilége de pouvoir *toujours*, lorsqu'ils se présenteraient après trois années de la date du jugement par défaut, s'assurer légalement l'impunité, en invoquant la prescription de l'action publique et de l'action civile. Les prévenus présents ou domiciliés resteraient seuls assujettis à la prescription

[1] Pour compléter cette démonstration, nous ajouterons qu'avant d'écrire les lignes plus haut citées, M. Félix Réal avait rappelé que, sous le Code de brumaire an IV, la prescription de l'action criminelle cessait lorsqu'il y avait eu condamnation par défaut ou par contumace, dans les termes suivants : « L'action publique et l'action civile résultant d'un délit sont, « d'après le Code de brumaire an IV, éteintes par la prescription de trois « ans, lorsqu'il n'y a point eu de poursuites. — Les poursuites portent à « six ans les délais qui se comptent, comme dans le Code de 1791, du jour « où le délit a été connu ou légalement constaté. Après ce terme de six ans, « dit l'article 10, nul ne peut être recherché, soit au criminel, soit au civil, « si dans l'intervalle *il n'a pas été condamné par défaut ou par contumace.* » Ces derniers mots sont soulignés par M. Félix Réal lui-même.

Digitized by Google

de cinq ans et à la flétrissure d'une condamnation définitive. Au lieu d'obliger les prévenus à venir répondre de leurs actions devant la justice, on aurait créé pour eux un intérêt puissant à fuir un jugement contradictoire; ce qui est contraire aux règles d'une bonne administration de la justice et aux principes admis par toutes les législations. L'importante différence dans la durée de la prescription, suivant qu'il est intervenu ou qu'il n'est pas intervenu un jugement, précisément introduite par l'ancienne et par la nouvelle législation pour atteindre les inculpés en fuite, serait supprimée de fait, quant à ces inculpés, dans les circonstances où elle serait le plus utile.

D'un autre côté, en se plaçant du point de vue des intérêts de la partie civile, on arriverait aux conséquences les plus étranges et les plus contraires à toute notion de droit. Afin de mieux préciser la question, supposons une condamnation correctionnelle par défaut, pour préjudice grave résultant d'un délit, à 10,000 fr. de dommages-intérêts contre un absent dont le domicile n'est pas connu. La partie civile, à l'égard de laquelle cette condamnation est contradictoire, la signifie régulièrement dans les termes de l'article 69, §§ 8 et 9, du Code de procédure civile, et laisse passer les délais d'appel. Le jugement, en ce qui la concerne, devient définitif. Par le fait même de l'absence du condamné et du défaut de domicile connu, il est impossible de faire aucun autre acte d'exécution que la signification du jugement au parquet. — Admettons maintenant que ce condamné se présente. S'il s'était écoulé seulement trois ans, depuis la signification du jugement par défaut, dans le système que nous attaquons, on ferait tomber la condamnation en invoquant la prescription de l'action publique et de l'action civile. Si, au contraire, il s'était écoulé cinq ans, l'opposition ne serait plus recevable; mais la peine seule serait prescrite. Dans toutes les parties relatives aux condamnations civiles le jugement pourrait être exécuté, car ces condamnations ne se prescrivent que par trente ans (art. 642 C. instr. crim.). Il résulterait de là que dans l'intervalle entre les trois années requises pour la prescription de l'action et les cinq ans nécessaires pour la prescription de la peine, il existerait une lacune de deux années que rien ne justifierait ni en fait, ni en droit, et pendant laquelle la partie civile serait complétement désar-

Digitized by Google

mée. Pendant ces deux années on aurait pu lui opposer la prescription de son action, quoiqu'elle l'eût exercée autant que cela dépendait d'elle et en épuisant tous les moyens légaux; et il lui serait interdit de se prévaloir de ce que ce n'est plus le délai de la prescription de l'action qui court, mais celui de la prescription de la peine. Au contraire, dès que les deux années seraient écoulées, la même partie serait fondée à soutenir que son action n'a jamais été prescrite, et que, la prescription de la peine étant acquise et le condamné n'ayant plus le droit de former opposition, la condamnation aux dommages-intérêts doit recevoir son exécution. Ainsi la question de savoir si c'est la prescription de l'action ou la prescription de la peine qui court depuis le jugement par défaut, resterait variable et subordonnée à la question de savoir si l'exception est opposée avant ou après les cinq ans. Il ne peut pas en être ainsi; ces deux prescriptions ne peuvent pas courir en même temps, l'une exclut l'autre; il faut choisir. — S'il est reconnu que la prescription de la peine est acquise, malgré le droit d'opposition, cinq ans après le jugement par défaut régulièrement signifié, il faut reconnaître aussi, et au besoin il faudrait écrire dans la loi qui ne peut laisser la partie lésée sans défense, que, par une conséquence nécessaire, logique et légale, la prescription de la peine a commencé à courir à la date du jugement, et que, si lorsqu'elle est acquise elle peut être opposée par le condamné, tant qu'elle n'est pas acquise on peut s'en faire une arme contre lui.

12. Les difficultés relatives aux récidives et au cumul des peines qui vont naître de l'application du nouvel article 187 [1], ne sont pas du même ordre que les questions relatives à la prescription, et elles ne peuvent pas se résoudre à l'aide des mêmes principes. Lorsqu'il s'agissait de décider si le prévenu avait acquis la prescription contre l'action du ministère public et de la partie civile, il nous était permis de dire qu'il importait peu que le jugement ne fût pas définitif à l'égard du

[1] Ces questions se présentaient quelquefois avant le nouvel article, mais rarement et seulement pour des condamnations prononcées à des intervalles très-rapprochés, ce qui en limitait le nombre. Elles acquièrent une sérieuse importance du fait qu'elles vont s'étendre à tous les jugements par défaut qui auront pu être rendus, dans un intervalle de cinq ans, contre un même individu en fuite ou domicilié à l'étranger.

Digitized by Google

condamné, s'il l'était à l'égard des personnes contre lesquelles il invoquait la prescription. Il n'en est plus de même lorsque l'on recherche quels devront être les effets d'un jugement correctionnel par défaut, si postérieurement le condamné est poursuivi pour un nouveau délit, avant que les délais de l'opposition contre la première condamnation soient expirés.

Examinons d'abord la question du point de vue de la récidive.

Aux termes de l'article 58 du Code pénal, les coupables condamnés correctionnellement à un emprisonnement de plus d'une année, sont, en cas de nouveau délit, soumis à une aggravation de peine comme récidivistes. Admettons une condamnation correctionnelle par défaut, régulièrement signifiée dans les termes de l'article 69, §§ 8 et 9, du Code de procédure civile. Le condamné qui est en fuite, et contre lequel il n'a pu être fait aucun acte d'exécution, commet un second délit avant l'expiration du délai de la prescription de la peine et par conséquent dans les délais de l'opposition. Les juges devant lesquels il sera traduit pour le second délit, pourront-ils lui appliquer les peines de la récidive? La loi est muette; il faut remonter aux principes. L'aggravation de la peine, en cas de récidive, a pour motif la perversité du condamné, que fait présumer l'inefficacité d'une condamnation sévère déjà encourue. Ce motif manque, si le condamné par défaut n'a pas eu connaissance de la première condamnation. Le nouvel article 187 établit la présomption légale que le condamné n'a pas eu cette connaissance, tant qu'elle ne résulte pas d'actes d'exécution du jugement par défaut, et c'est à cette présomption qu'il subordonne le droit d'opposition. Il en faut conclure qu'il n'y aura pas de récidive légale, tant que la première condamnation pourra être frappée d'opposition.

Telle était déjà la jurisprudence des tribunaux sous l'ancien article 187. Jusqu'à ce jour, la Cour de cassation a constamment jugé qu'une condamnation définitive à l'égard du condamné, pouvait seule donner aux faits survenus postérieurement, le caractère légal de la récidive. Mais, en réalité, malgré cette jurisprudence, dans le plus grand nombre des cas, les peines de la récidive étaient appliquées au condamné par défaut, les juges correctionnels considérant le plus souvent

Digitized by Google

le jugement par défaut comme définitif, cinq jours après la signification faite au parquet. Aujourd'hui, par une conséquence immédiate du nouvel article 187, il n'en sera plus ainsi : Pour les condamnés absents et sans domicile connu, quel que soit le nombre des délits commis ou la gravité des condamnations prononcées dans les cinq années qui suivront la première condamnation à plus d'un an d'emprisonnement, il n'y aura plus à redouter les peines de la récidive. Cette première condamnation ne les mettra, en effet, en état de récidive légale que le jour où elle sera devenue définitive par la déchéance du droit d'opposition, et l'opposition est recevable jusqu'à l'expiration du délai de cinq ans, exigé par l'article 636 pour la prescription des peines. On arrive ainsi à ce résultat singulier, que les condamnations par défaut, signifiées au parquet, ne donneront aux faits postérieurs le caractère légal de la récidive que lorsqu'elles ne pourront plus être subies par le condamné.

Si, dans l'hypothèse que nous venons de poser, un condamné par défaut était arrêté et mis en jugement, pour un dernier délit, avant l'expiration des cinq ans, non-seulement il ne pourrait pas lui être fait application des dispositions de l'article 58 du Code pénal, mais il aurait le droit de s'opposer au cumul des peines réitérées prononcées contre lui, en invoquant le bénéfice de l'article 365 du Code d'instruction criminelle. Dans quelles conditions et dans quelles limites pourra-t-il exercer ce droit, c'est ce qu'il nous reste à examiner.

L'article 365, dont l'objet principal est l'application de la peine par les cours d'assises, se termine ainsi : « En cas de conviction de plusieurs crimes ou délits, la peine la plus forte sera seule prononcée. ». De ce paragraphe[1] est sortie une théorie complète sur le cumul des peines qui est passée dans la pratique. La jurisprudence a étendu la prohibition du cumul des peines aux tribunaux correctionnels. Elle n'est pas encore irrévocablement fixée sur toutes les conséquences du principe général qu'elle a admis, mais elle est invariable sur les deux points suivants : 1° La prohibition du cumul des peines n'est pas restreinte au cas où le même tribunal est

[1] On rapproche aussi de ce paragraphe l'article 379 du Code d'instruction criminelle, qui n'en est que la conséquence immédiate et l'application.

Digitized by Google

saisi, à la fois, de plusieurs délits imputables au même prévenu ; elle s'applique même aux peines imposées par plusieurs condamnations successives pour des faits différents, lorsque ces faits sont tous antérieurs à la première condamnation prononcée ; 2° Lorsqu'un jugement est rendu par défaut, les peines qu'il prononce ne peuvent être cumulées avec celles d'une condamnation postérieure, si le jugement n'est pas devenu définitif avant cette condamnation.

Quelles seront les conséquences de cette jurisprudence combinée avec le nouvel article 187 ?

Reprenons l'hypothèse d'un condamné défaillant qui est arrêté pour un nouveau délit, ou qui se constitue, avant l'expiration des cinq ans de la prescription de la première condamnation par défaut, et contre lequel, dans l'intervalle entre cette condamnation et son arrestation, il a été prononcé d'autres condamnations par défaut non exécutées, pour des délits commis chacun plus de cinq jours après la signification au parquet de la condamnation qui l'a précédé [1].

Sous l'ancien article 187, lorsque les tribunaux admettaient que les jugements par défaut devenaient définitifs cinq jours après leur signification au parquet, ce condamné eût dû subir toutes les peines cumulées prononcées contre lui par les différents jugements, à quelque durée qu'elles pussent s'élever. Aujourd'hui il aura le choix, ou de former opposition à tous les jugements par défaut ayant moins de cinq ans de date, ou de les laisser devenir définitifs en déclarant qu'il ne s'oppose pas à leur exécution.

13. S'il forme opposition à tous les jugements par défaut, il pourra se présenter deux cas : ou ces jugements auront été rendus par le même tribunal, ou ils émaneront de tribunaux différents. Dans le premier cas, tout sera simple et facile; le tribunal, saisi de toutes les oppositions, statuant à la fois sur tous les délits, se conformera aux termes de l'article 365 du Code d'instruction criminelle et appliquera seulement la peine

[1] Je ne crée pas ici une hypothèse de fantaisie. Tout récemment la Cour de Paris avait à statuer sur l'appel d'un prévenu qui, déjà condamné trois fois, ne l'avait jamais été contradictoirement. Il s'opposait à l'application des peines de la récidive, résultant des premières condamnations, en soutenant qu'il n'avait jamais eu connaissance de ces condamnations qui n'avaient pu être notifiées qu'au parquet.

Digitized by Google

la plus forte, en la graduant suivant le nombre et la gravité des faits. Lorsque les condamnations auront été prononcées par des tribunaux différents [1], la solution sera plus compliquée. Il faudra conduire le condamné opposant, successivement devant tous les tribunaux qui auront statué contre lui par défaut. Il deviendra plus difficile de proportionner la peine aux délits, cette proportion dépendant de l'ensemble de faits dont chaque tribunal ne connaîtra qu'un seul. L'application de l'article 365 sera moins facile encore. Il sera nécessaire que les juges qui statueront les derniers, tiennent compte des condamnations définitives déjà prononcées contre le défaillant par les juges saisis les premiers, et soit pour proportionner la peine aux délits, soit pour rentrer dans les termes de l'article 365 et de la jurisprudence sur le cumul des peines, disent si les peines qu'ils prononceront devront ou ne devront pas se confondre avec les condamnations antérieures. Quoiqu'il arrive en effet, quels que soient le nombre et la gravité des faits ou des condamnations prononcées par défaut, il faudra, sur l'opposition, que toutes les peines réunies n'excèdent pas le maximum de la peine la plus forte, et que les tribunaux saisis fassent connaître s'ils veulent atteindre ce maximum ou rester au-dessous. S'ils ne le faisaient pas, il pourrait s'élever des difficultés sur l'exécution et l'on serait obligé de revenir devant eux pour leur demander d'interpréter leurs jugements.

14. Si le défaillant déclare ne pas s'opposer à l'exécution des condamnations par défaut, il se présentera une question d'exécution d'une très-grande gravité et sur laquelle la doctrine et la jurisprudence ne sont pas encore bien fixées.

Pour plus de clarté dans la discussion, supposons que le défaillant ait été condamné à six mois de prison, en 1862, pour coups; à quinze mois, en 1863, pour vol; à deux ans, en 1864, pour abus de confiance; à trois ans, en 1865, pour vol, et qu'il soit arrêté en 1866 [2]. Avant l'article 187 nouveau,

[1] Ce cas sera le plus fréquent. Le moyen le plus ordinaire employé par les malfaiteurs, pour échapper à l'exécution des condamnations, est de changer d'arrondissement.

[2] Je fais ici abstraction de la question transitoire, à savoir : si le droit d'opposition, tel qu'il existe maintenant, peut être invoqué pour les condamnations antérieures à la promulgation de la nouvelle loi. Je suppose qu'il peut l'être pour le besoin de la discussion. Je ne veux pas préjuger la

Digitized by Google

il eût eu à subir six ans et neuf mois de prison, total des peines prononcées, devenues toutes définitives avant l'arrestation, et qui ne seraient pas alors tombées sous l'application de l'article 365. Aujourd'hui, sur son opposition, les peines devraient être combinées de manière à ne pas excéder cinq ans, le maximum de la peine la plus forte; elles pourraient même rester au-dessous de ce maximum, ainsi que nous l'avons déjà dit plus haut; il n'y a sur ce point aucune difficulté. Mais, s'il n'y a pas d'opposition, il n'en est plus de même. Dans l'hypothèse d'une opposition, les tribunaux réduisent les diverses condamnations pour se conformer à la loi et déterminent la durée de la peine à subir. S'il n'y a pas d'opposition, aucun tribunal n'est saisi; c'est au ministère public seul qu'appartient la question d'exécution, tant qu'une contestation n'est pas soulevée par le condamné. Que devra-t-on faire?

D'abord, même alors et sans qu'il soit besoin d'une décision judiciaire, le condamné ne pourra pas subir plus de cinq années de prison, le maximum de la peine la plus forte. En effet, les condamnations ne devenant toutes définitives qu'en même temps et au moment où le condamné déclare n'y vouloir former opposition, elles tombent toutes sous l'application du principe constant admis par la jurisprudence, que la prohibition du cumul des peines frappe même les peines imposées par plusieurs condamnations successives pour des faits différents, lorsque ces faits sont tous antérieurs à une première condamnation *définitive*. Ici il n'y a pas, en réalité, une condamnation définitive; mais le résultat est le même, puisque toutes les condamnations deviennent définitives à la même date ou, au moins, qu'on ne peut pas dire qu'aucune d'elles fût définitive au moment où les autres ont été prononcées.

Ce point admis, faudra-t-il nécessairement que le condamné subisse les cinq années du maximum, le surplus des peines seulement étant considéré comme annulé par l'article 365? Ici les opinions se divisent; il y a trois systèmes.

question, dont la solution variera suivant que les tribunaux saisis admettront ou n'admettront pas qu'avant le nouvel article 187, l'opposition contre les jugements par défaut, signifiés seulement au parquet, devait être admise après les cinq jours de la date de cette signification. Nous avons dit, au commencement de cette étude, quelle était notre opinion sur cette question.

Digitized by Google

Dans le premier, l'article 365 devrait être appliqué à la lettre et le condamné ne devrait subir que *la plus forte* des peines prononcées contre lui, c'est-à-dire, dans l'espèce plus haut supposée, les trois années de la condamnation de 1865 pour vol. Toutes les autres condamnations seraient comme non avenues.

Dans le second, il y aurait lieu de faire une distinction. On dit : si un tribunal statuait sur le sort du condamné défaillant au moment de son arrestation, l'art. 365 ne lui permettrait d'appliquer ni l'article 311 qui punit les coups, ni l'article 406 qui punit l'abus de confiance; il devrait se renfermer dans l'application de l'art. 401, qui est l'article du Code pénal prononçant dans l'espèce la peine la plus forte. Pour l'exécution, on doit procéder comme procéderait le juge. On doit ne tenir aucun compte des condamnations prononcées en vertu des art. 311 et 406, et s'en tenir aux jugements qui ont appliqué l'art. 401 et condamné le défaillant à quinze mois et à trois ans de prison. Ces deux peines réunies n'atteignent pas le maximum; elles sont de la même nature; il y a présomption que le dernier juge n'a pas voulu qu'il s'opérât une confusion puisqu'il ne l'a pas ordonnée; il ne résulte d'aucun texte de loi que cette confusion doive s'opérer de plein droit; rien ne s'oppose donc à ce qu'elles soient cumulées, et le condamné doit subir quatre ans et deux mois de prison.

Dans le dernier système, on soutient que le condamné ayant volontairement laissé passer en force de chose jugée les jugements par défaut, il n'y a plus à se préoccuper des causes des condamnations et des articles appliqués; que toutes les condamnations doivent être subies sans distinction et que, s'il y a lieu de tenir compte de l'article 365, c'est uniquement pour se conformer à la règle posée par la jurisprudence qu'il n'est pas permis, même dans l'exécution, de dépasser le maximum de la peine la plus forte. Dans ce système, notre condamné défaillant, non opposant, aurait à subir cinq ans de prison.

Il est assez difficile d'apprécier exactement la valeur de ces différents systèmes. Les questions qu'ils soulèvent ne peuvent être résolues directement ni à l'aide des textes, ni à l'aide des principes encore un peu indécis sur le non-cumul des peines. Il nous semble cependant que le dernier système est le plus rationnel, le plus conforme aux principes de la législation

Digitized by Google

pénale, et le plus en harmonie avec la jurisprudence de la Cour de cassation.

Les deux premiers systèmes supposent, tous les deux, que l'article 365 aurait pour objet de régler l'exécution des peines, en cas de cumul, et que le ministère public, lorsqu'il a à faire exécuter plusieurs jugements définitifs, aurait le droit de choisir parmi ces jugements ceux qu'il convient ou ceux qu'il ne convient pas d'exécuter. Il y a là, je crois, deux erreurs.

En écrivant dans nos Codes « qu'en cas de conviction de plusieurs crimes ou délits, la peine la plus forte serait seule prononcée, » le législateur avait certainement pour unique but d'abroger l'ancienne législation, aux termes de laquelle, « lorsqu'un accusé était convaincu de plusieurs crimes, dont « chacun était puni d'une peine particulière, il devait être « puni d'autant de peines, qu'il y avait de délits différents [1].» Sous l'empire de cette législation, il était possible, par l'accumulation des peines, d'arriver, malgré la volonté du juge, à un total hors de proportion avec la gravité des faits, et quelquefois même à un total qui dépassait la durée probable de la vie du condamné. C'est ce que le législateur a voulu prévenir. Ce n'est pas tant le cumul des peines qu'il a proscrit que son abus. Il n'est jamais entré dans sa pensée d'affaiblir la répression et d'accorder un privilége, ou un bill d'indemnité, au coupable qui aurait commis plusieurs crimes ou plusieurs délits avant d'être atteint par la justice, et de le traiter plus favorablement que celui auquel il n'y aurait à reprocher qu'une seule action criminelle. *Nunquam plura delicta faciunt ut ullius impunitas detur* [2], disait la loi romaine; l'impunité serait une violation des principes qui ont dicté les lois pénales et un danger pour l'ordre social. Ce qu'exigeait l'humanité, ce n'était pas l'impunité, mais seulement une mesure dans la répression. Cette mesure, le législateur l'a donnée. Il lui a semblé qu'une peine graduée dans les limites de la peine la plus forte, et pouvant atteindre son maximum, était suffisante pour réprimer le délit ou le crime puni de cette peine, auquel viendraient se joindre

[1] Jousse, *Justice criminelle*, t. II.
[2] Loi 2, ff., *De privatis delictis*.

Digitized by Google

des faits moins graves. Il est en effet bien rare qu'un crime ou un délit mérite d'être frappé du maximum de la peine, et il reste toujours ordinairement, entre la peine méritée et le maximum, une distance qui permet de faire la part des infractions plus légères[1]. La loi est humaine, rien de plus. Il n'est pas permis d'aller, par interprétation, jusqu'à la rendre illogique et dangereuse. Le texte même de l'article 365 prouve que le législateur ne s'était pas préoccupé de toutes les conséquences du principe qu'il y posait; il ne les avait peut-être même pas prévues. En prenant les expressions dont il s'est servi dans leur sens littéral et absolu, il est impossible de méconnaître que cet article a uniquement pour objet le cas où le juge est saisi à la fois de la connaissance de plusieurs faits coupables, commis par le même prévenu. Il détermine la peine qui doit alors être *prononcée*. Conclure de cet article que, si plusieurs peines ont été prononcées par des tribunaux différents, c'est la plus forte seule de ces peines qui doit être *exécutée*, c'est le détourner de son véritable sens. Lorsque la loi ordonne de ne *prononcer* que la peine la plus forte, elle suppose implicitement un juge saisi, une graduation raisonnée de cette peine en rapport avec le nombre et la gravité des délits. Si, comme on le propose dans les deux premiers systèmes, on exécutait seulement la plus forte des peines prononcées, lorsque des tribunaux différents auraient statué sur chaque fait isolé, sans connaître les autres délits et avant même qu'ils aient été commis, en un mot sans qu'ils aient été saisis de la

[1] Cette interprétation de l'article 365, est aussi celle que donne la Cour de cassation dans un arrêt du 4 juin 1836 (aff. Everling), ainsi conçu : « Si les peines encourues pour un crime ou pour un délit antérieur à celui qui est l'objet de la répression de la justice ne peuvent être aggravées dans leur nature ni dans la durée légale que la loi assigne à chacune d'elles pour maximum, il est du devoir des juges qui en sont saisis, lorsque la poursuite a été divisée, d'examiner si la répression a été suffisante et d'appliquer une addition à la peine, si celle prononcée ne leur paraît pas suffisamment répressive à raison de la cumulation des crimes ou délits, sous la seule condition de ne pas dépasser le maximum de la peine la plus forte, qui est *la limite* posée par l'article 365. S'il en était autrement, des faits criminels qui étaient inconnus à la justice resteraient impunis par le fait de cette ignorance et de la division de la poursuite, tandis que cette division ne peut préjudicier ni au condamné ni à la vindicte publique..... » B. crim., n° 181.

Digitized by Google

question du cumul, ce serait substituer une peine dépendant du hasard à la peine mesurée sur la culpabilité que suppose l'article 365; ce serait dans un grand nombre de cas, assurer l'impunité à tous les délits commis après une première condamnation; ce serait le plus souvent aussi méconnaître l'intention du juge et la portée de ses arrêts. Il n'est pas rare en effet que le second juge, sachant qu'une peine grave a déjà été prononcée, s'arrête à une peine plus légère que la peine méritée, parce que dans sa pensée elle doit s'ajouter à la première condamnation.

D'ailleurs, sur quel texte ou sur quels principes fonderait-on le droit qu'on attribuerait au ministère public d'aller choisir parmi des jugements quels sont ceux qui doivent ou qui ne doivent pas être exécutés? Ce droit n'appartient à personne. En principe, toutes condamnations rendues par des juges compétents et passées en force de chose jugée doivent recevoir leur exécution. Elles ne peuvent être modifiées que dans les conditions, dans les formes et par les pouvoirs expressément déterminés par la loi. Dans le silence de la loi, le ministère public n'a pas autorité pour se placer au-dessus du juge, au-dessus de toutes les juridictions; pour décider que tel ou tel de leurs arrêts restera comme non avenu, ou pour se substituer à elles et fixer la mesure dans laquelle doit se faire le cumul.

Le dernier système est plus facile à défendre. La loi a donné au condamné défaillant le moyen de faire réduire les peines prononcées contre lui, en lui accordant le droit d'opposition et le droit d'appel. Si, volontairement, il n'exerce aucune des voies de recours qui lui sont ouvertes; s'il accepte toutes les condamnations par défaut et les laisse devenir définitives, il ne reste plus qu'à les exécuter. C'est là le droit strict, rigoureux. On n'a pas ici à appliquer l'article 365; c'était au juge seul que cette application pouvait être demandée, et le condamné, qui seul avait le droit de saisir le juge, s'y est refusé. Personne n'a le droit de se plaindre, et tant que, par le cumul, le maximum de la peine la plus forte n'est pas dépassé, la loi elle-même est respectée. La difficulté ne commence qu'au moment où ce maximum est dépassé. Le principe étant admis sans contestation que le législateur a voulu, d'une manière absolue, que les peines cumulées ne pussent excéder le maximum de la peine la plus forte, il naît évidemment une situation grave de la détermination prise par le condamné de ne pas user du

Digitized by Google

droit d'opposition, si elle a pour résultat la violation de ce principe. Il y a alors dans la peine, du point de vue de la loi une exagération qui doit disparaître, et à laquelle il n'appartient pas au prévenu lui-même de se soumettre; l'ordre public y est intéressé. Il existe deux moyens de faire disparaître cette exagération de la peine : ou une grâce, ou une réduction au maximum légal dans son exécution. Dans le silence de la loi sur l'exécution des peines cumulées, il semble au premier abord que la grâce serait la seule issue légale et régulière. Mais l'objet de la grâce ou de la commutation est, pour me servir des expressions de Pothier, « la remise de tout ou partie d'une peine *due* au délit commis par le condamné, » et remettre une peine qui légalement ne doit pas être subie, ou la réduire pour la faire rentrer dans les limites légales, ce n'est pas faire acte de grâce ou de clémence. En réalité, c'est une question d'exécution qui appartient au ministère public. La situation du ministère public n'est plus ici la même que dans les questions précédentes; il ne se substitue plus au juge; il n'a plus un choix à faire entre les condamnations prononcées; il poursuit l'exécution de toutes ces condamnations jusqu'à la limite légale. Cette limite atteinte, si l'exécution cesse, ce n'est pas dans des conditions variables et en vertu d'une décision plus ou moins arbitraire, plus ou moins bien fondée du ministère public; c'est en vertu de la loi elle-même qui est supérieure à l'autorité du juge; c'est en vertu d'une confusion qui s'opère de plein droit entre toutes les condamnations, et les ramène à un maximum légal qui ne varie pas.

La Cour de cassation n'a pas encore eu à se prononcer sur l'interprétation de l'article 365 appliqué à l'exécution de diverses condamnations successives par défaut, suivies d'opposition, par le motif déjà indiqué précédemment, que, jusqu'à ce jour, tous les jugements par défaut étaient généralement considérés comme définitifs, cinq jours après leur signification au parquet. Mais elle a été plusieurs fois saisie de la question du cumul des peines prononcées par des tribunaux différents, par des condamnés qui soutenaient : soit que la confusion des peines aurait dû être prononcée, soit même que, aux termes de l'article 379 du Code d'instruction criminelle, ils n'auraient pas dû être poursuivis, ou qu'aucune peine n'eût dû être prononcée par les derniers juges. Dans toutes les cir-

Digitized by Google

constances, elle a adopté une jurisprudence qui présente une évidente analogie avec la doctrine que nous venons de développer. Cette jurisprudence se résume ainsi : Les peines se cumulent de plein droit tant que le maximum de la peine la plus forte n'est pas atteint, parce que les délits antérieurs à un jugement de condamnation et qui n'ont pas été l'objet de ce jugement « ne sont expiés qu'autant que le maximum de « la peine a été appliqué [1]. » En d'autres termes, empruntés à la Cour de cassation elle-même : « Lorsque les peines ont « été prononcées successivement, elles doivent être toutes « subies, tant que par leur réunion elles n'excèdent pas en « durée le maximum de la peine la plus forte de celles que la « loi a prononcées pour les divers crimes ou délits qui ont été « l'objet de diverses condamnations [2]. » Il n'existe qu'un seul cas où la Cour de cassation n'admette pas le cumul, quoique le maximum de la peine la plus forte ne soit pas atteint; c'est lorsque les peines sont différentes, par exemple, lorsqu'une peine d'emprisonnement correctionnel s'ajouterait à une condamnation à la reclusion ; ou une condamnation à la reclusion, à une condamnation aux travaux forcés. La Cour de cassation décide qu'alors « la peine la plus faible se confond nécessai- « rement avec la peine la plus grave [3]. » En réalité cette exception n'en est pas une. En effet, dans le système général des peines édictées par le Code, le minimum de la reclusion est une peine plus forte que le maximum de l'emprisonnement; le minimum des travaux forcés est une peine plus forte que le maximum de la reclusion.

Ainsi la Cour de cassation admet déjà les deux principes à l'aide desquels nous avons résolu la difficulté qui nous occupe, à savoir : les peines se cumulant de plein droit, à moins de décision contraire, tant que le maximum de la peine la plus forte n'est pas atteint ; et la confusion s'établissant entre les peines, aussi de plein droit et par le seul effet de la loi, dès que leur total dépasse le maximum de la peine la plus forte. On peut donc prévoir que, le jour où elle sera saisie de la ques-

[1] Cass., 23 mai 1835 (aff. Domain); Dalloz, *Rép.*, v° *Peine*, p. 584.

[2] Cass., 2 août 1833 (Mie); B. crim., n° 298. — Conf. cass., 27 février 1824 (Esménard); B. crim., n° 37. — Cass., 15 juin 1850 (Lemaistre). B. crim., n° 199.

[3] Arrêt du 2 août 1833, cité dans la note précédente.

Digitized by Google

tion, cette cour, si elle ne modifie pas sa jurisprudence, sera nécessairement conduite à la solution que nous avons adoptée.

15. Jusqu'ici, en étudiant les conséquences du nouvel article 187 du Code d'instruction criminelle, nous n'avons parlé que des délits commis en France, et nous avons fait abstraction des dispositions de la loi du 17 juin 1866, relatives aux faits criminels commis à l'étranger. En terminant, nous devons faire remarquer l'intérêt que cette loi ajoute à la solution des questions que nous avons posées. Elle augmentera nécessairement le nombre des condamnations par défaut, et l'augmentera à l'occasion de faits compromettant à un haut degré soit la vindicte publique, soit les intérêts d'une partie civile ; car on ne peut pas admettre que la loi du 17 juin soit appliquée légèrement et sans une nécessité bien constatée. Il en résultera que le bénéfice de l'article 187 nouveau sera plus souvent invoqué, et que les difficultés relatives aux récidives, au cumul des peines et à la durée de la prescription, se présenteront plus fréquemment. La question de la durée de la prescription surtout acquiert une haute gravité, lorsqu'on se préoccupe des délits commis à l'étranger. Le condamné domicilié à l'étranger, condamné en France pour délits commis à l'étranger, ne rentrera pas certainement en France avant que la prescription lui ait assuré l'impunité. S'il peut invoquer la prescription de l'action, quoique le jugement ait été régulièrement signifié et l'action épuisée, il rentrera dès que les trois années seront expirées, et il fera tomber les condamnations prononcées contre lui, même lorsque sa culpabilité sera le mieux constatée, même s'il l'avoue. Dans cette hypothèse le droit de poursuite accordé à la partie civile deviendra un vain leurre. Si, au contraire, le condamné ne peut invoquer que la prescription de la peine, il ne lui sera possible de rentrer impunément en France qu'après cinq années ; pendant trente ans, il restera sous le coup de la condamnation à des réparations civiles ; et la loi du 17 juin acquiert immédiatement l'efficacité qui convient à une loi dont la portée du point de vue de la morale, de l'intérêt social et des relations internationales ne peut être contestée. ERNEST BERTRAND.

Digitized by Google

DES SOCIÉTÉS COOPÉRATIVES,

par M. Henri Ameline, avocat à la Cour impériale de Paris.

I. Des Sociétés coopératives en général et de leurs différentes espèces. — Sociétés de consommation, de crédit mutuel et de production. — II. Tendances, avantages et inconvénients des Sociétés coopératives. — III. Y a-t-il lieu de faire une loi nouvelle sur les sociétés coopératives. — De la liberté absolue des conventions. — Des différents projets de loi proposés. — Résumé et conclusion.

Une forme nouvelle de mutualisme s'est fait jour depuis quelques années. Elle a pris le nom de coopération. La coopération n'est pas autre chose que l'association. On n'a pas continué à se servir du simple mot d'association, sans doute pour éviter l'amphibologie de son acception. Car l'association, envisagée surtout dans ses rapports historiques, avait été tantôt libre, tantôt contrainte. La coopération signifie union, mais aussi liberté des associés. Elle n'est d'ailleurs qu'une face du mutualisme. Le principe et l'idée générale sont les mêmes. Elle constitue seulement une application plus étendue et perfectionnée de la mutualité, à des besoins particulièrement déterminés de la vie économique. Des économistes ont critiqué l'expression de coopération, en disant qu'elle ne signifiait rien, puisque toute société impliquait l'idée de coopération. Cette critique nous semble puérile. Elle repose sur une simple querelle de mots dont le sens n'en est pas moins net et compris par tout le monde.

Devant la nouveauté de ce sujet spécial encore peu exploré, dans l'attente de la loi promise que la controverse des intéressés et des économistes n'a pas ménagée déjà, il est à propos d'étudier minutieusement la coopération, dût cette étude participer un peu de la sécheresse didactique d'une question de législation.

Titre I. — Des Sociétés coopératives en général et de leurs différentes espèces.

Ce genre de société peut embrasser une foule d'opérations; il se plie à tous les genres de travaux et ne rencontre de limites

Digitized by Google

que dans les bornes même de l'activité humaine. C'est pour cela, qu'à vrai dire, il est impossible de définir la société coopérative. Cependant elle se ramène à trois types principaux, qu'on a appelés : société de consommation, société de crédit mutuel et société de production.

§ 1er. — *Société de consommation.*

Une société de consommation est celle qui achète en gros pour vendre en détail aux associés et au public. Ses avantages sautent aux yeux; l'achat en gros se fait avec un rabais de prix qui profite aux associés. La société a soin de ne s'approvisionner que de marchandises excellentes et saines, et, pour l'ouvrier qui a besoin d'une alimentation d'autant plus succulente qu'elle est plus sobre, cette considération n'est pas à dédaigner.

Il est bon de citer quelques exemples, qui permettent d'apprécier la nature de cette société.

Une des sociétés de consommations la plus connue, est la société alimentaire de Grenoble, qui a été fondée par M. Taulier, maire de cette ville. C'est une réunion de personnes qui viennent acheter des aliments préparés dans une cuisine commune, soit pour les emporter chez eux, soit pour les consommer sur place, dans les réfectoires de l'établissement.

Chaque souscripteur paye 1 ou 2 francs.

Il y a dans l'établissement un guichet où le consommateur achète des jetons en échange desquels on lui délivre une ration de nourriture; les jetons sont d'une couleur différente suivant la nature des aliments.

On remarquera combien les prix sont modérés, puisqu'ils sont comptés :

1° Une soupe (1 litre).	10	cent.	»
2° Viande (130 gr. ou 200 gr. de poisson sec et cuit).	20	—	»
3° Légumes (une bonne assiettée).	10	—	»
4° Un quart de litre de vin.	7	—	1/2
5° Pain (132 grammes).	5	—	1/2
6° Dessert.	10	—	1/2

Au total, pour un repas abondant, 75 centimes au plus.

Devant un aussi beau résultat, les attaques n'ont cependant pas manqué.

Digitized by Google

On a dit d'abord que cette institution éloignait l'ouvrier de la vie de famille, en lui créant un bien-être individuel. C'est le contraire qui est vrai. Car l'ouvrier, s'il a la certitude de pouvoir se nourrir lui et les siens à si bon compte, n'hésitera pas à contracter des liens nouveaux, qu'on est enclin trop généralement à regarder comme une charge.

On a ajouté que cette association diminuait la part légitime de la femme au sein de la famille. Erreur complète. L'association, en la dégageant des soins vulgaires du ménage, qui sont d'autant plus embarrassants pour elle qu'elle a plus besoin de son travail pour vivre, lui permettra de consacrer un temps long, d'abord à la propreté et à l'ordre de son ménage, et ensuite aux soins et à l'éducation des enfants.

On a même été jusqu'à prétendre que de pareilles sociétés menaient au socialisme : c'est abuser du mot. Le socialisme qui met en commun quelques forces individuelles pour le bien de chacun, en respectant toute liberté et volonté, est ce qu'une société avancée et chrétienne peut rêver de mieux.

Il demeure donc acquis que la société de Grenoble est un exemple à imiter.

Cette société est en nom collectif; l'article 15 déclare, en effet, que chaque associé est responsable pour sa part des engagements de la société.

Secondement. Citons encore l'ancienne société Cavenel et Ce, qui est aussi en nom collectif.

Voici ses traits saillants :

Elle est fondée pour l'achat et la vente à prix réduits de tous objets à l'usage ordinaire des ménages.

Il y a les membres fondateurs et les membres participants; les uns et les autres participent aux bénéfices, après avoir fait un versement de 50 francs.

Les clients participants n'ont aucun droit d'immixtion dans les affaires sociales.

Ils ne peuvent jamais être exposés à un recours de la part des tiers, sur leurs personnes et sur leurs biens; mais les fonds versés par eux dans la société sont affectés à garantir, au regard des tiers, les engagements sociaux.

Les bénéfices sont employés, moitié à constituer un capital de réserve, et l'autre moitié est partagée entre les sociétaires

Digitized by Google

et les clients participants, proportionnellement au chiffre des acquisitions qu'ils ont faites.

Les clients participants peuvent toujours se retirer et reprendre le capital qu'ils ont versé; mais dans ce cas ils n'ont aucune part aux bénéfices.

Ainsi, le caractère de cette société est d'être en nom collectif pour les vrais sociétaires, et en commandite pour les participants.

Troisièmement. La Compagnie du chemin de fer d'Orléans a fondé à Paris, Orléans, Tours et Bordeaux des magasins où se vendent, au profit de ses ouvriers, les denrées de consommation et les vêtements. L'acheteur réalise une économie de 30 p. 100 en moyenne, et son payement s'exécute par une retenue mensuelle que la Compagnie lui fait subir sur son traitement.

Quatrièmement. La même Compagnie a fondé à Ivry un réfectoire desservi par des sœurs de charité. Pour 65 à 70 centimes, l'ouvrier prend ou emporte un excellent repas.

Cinquièmement. Le bulletin international des sociétés coopératives, l'*Association* a lui-même rédigé des statuts modèles. En voici les clauses qu'il importe le plus de connaître :

La Société est en nom collectif vis-à-vis des uns et en commandite vis-à-vis des autres.

Elle a pour but de fournir aux associés et au public les produits et marchandises de qualité vraie et de poids sincère, de réaliser, au bénéfice de ses membres, des économies sur leur dépense de consommation, par l'interdiction d'intermédiaire onéreux, en mettant autant que possible le consommateur en rapport direct avec le producteur.

La Société achète en gros ou reçoit en consignation dans ses magasins, tous produits et marchandises qu'elle revend aux associés ou au public suivant le cours du jour.

La Société vend au comptant et n'accorde de crédit à qui que ce soit, associé ou non.

..... Chaque commanditaire a un titre nominatif indiquant la somme par lui versée.

Tout souscripteur doit le total de sa souscription; il peut fixer lui-même les époques et la quotité de ses versements.

Le commanditaire peut céder sa part à un tiers, mais ce

Digitized by Google

cessionnaire ne jouit des avantages sociaux qu'après avoir été admis comme associé.

Ces statuts sont accompagnés de conseils très-sages que les hommes de bon sens ne doivent cesser de recommander.

Ils émettent le vœu que les ventes se fassent sans doute aux associés et au public, mais que les associés soient toujours considérés comme la clientèle de fondation, le public n'étant qu'un achalandage accidentel, changeant et accessoire. Les Sociétés feront bien d'ailleurs de se montrer généreuses et larges dans l'admission de nouveaux associés.

Ils préconisent ensuite la vente au comptant. On comprend qu'une pareille règle soit trop rigoureuse pour être toujours suivie et qu'il y a quantité de circonstances qui la feraient infailliblement fléchir; mais il faut l'appliquer autant que possible. C'est le seul moyen d'éviter des pertes qui seraient autant de mécomptes pour la Société et d'habituer en même temps l'ouvrier à l'exécution ponctuelle de ses engagements.

Il est bon surtout de se prémunir contre la tendance qui consisterait à vendre les consommations au-dessous du cours du commerce ordinaire. Ce serait une amorce pour la clientèle, mais ce procédé offre un danger véritable : d'une part, elle serait illicite, car elle tuerait la concurrence des industries similaires, et, d'autre part, elle habituerait l'ouvrier, ce qui ne serait pas moins grave, à payer les choses usuelles au-dessous de leur valeur vraie. Ce double inconvénient est évité en maintenant le prix des cours de la localité, et le consommateur n'y perd rien, puisque l'excédant qu'il paye au delà du prix de revient de la chose achetée, constitue un fonds de bénéfice qui se distribue de temps à autre à tous les associés, proportionnellement à leurs achats.

L'exécution fidèle de ces prescriptions ne peut que lancer les sociétés de consommation dans la voie de la prospérité.

§ 2. — *Sociétés de crédit mutuel.*

Personne ne peut contester l'importance du crédit : il est en quelque sorte le nerf de l'activité humaine. C'est l'instrument qui permet d'employer des bras inoccupés. Il aide à créer une industrie, à fonder un établissement, à entreprendre un travail, à acheter une machine, et les bénéfices qu'il engendre servent bientôt à amortir le capital emprunté. Ce qui manque

Digitized by Google

le plus aujourd'hui aux classes agricoles et ouvrières, c'est le crédit. Si l'argent, le capital, au lieu de se jeter dans la haute industrie, de se placer en rentes sur l'Etat, en obligations de chemins de fer, en loteries et fonds publics étrangers, si cet argent s'infiltrait comme un drainage bienfaisant dans les classes agricoles, la production serait plus abondante, la consommation moins chère, l'aisance plus universelle.

Mais le crédit, si désirable qu'il soit, ne saurait être gratuit; il est un capital qui s'achète. Ce qu'il y a de curieux, c'est que l'épargne des classes inférieures ne leur vient même pas en aide comme source de crédit. Les caisses d'épargne, par exemple, qui sont le grand réservoir des petites économies, concentrent 400,000,000 environ dont elles payent l'intérêt, mais qui ne profitent pas au déposant pour lui faciliter l'achat des instruments de travail dont il a besoin.

Quels pourraient être les moyens de créer et de populariser le crédit? Il n'y en a que deux.

Le premier consisterait à créer en France des banques dites *banques d'Écosse*, c'est-à-dire des banques qui reçoivent tous les dépôts, et qui, sur ces dépôts, prêtent de l'argent à tout le monde, moyennant intérêt.

Le second moyen, au lieu de s'appliquer à tous les citoyens, s'applique spécialement aux classes laborieuses. C'est à celui-là que M. Schultz-Delitsch a eu recours en Allemagne, en créant les banques d'avance ou banques populaires. Ces établissements centralisent sous forme d'entrée et de droit de cotisation les économies des ouvriers et les prêtent ensuite à ceux d'entre eux qui en ont besoin. Comme on l'a dit justement, ils jouent le rôle d'une pompe aspirante et foulante.

Les banques d'Écosse et les banques d'avance ont ceci de commun et de remarquable qu'elles ouvrent des prêts à découvert; elles font foi, non pas à la garantie réelle de l'emprunteur, mais purement et simplement à son crédit personnel. Dans la banque d'Écosse, il suffit pour emprunter d'être présenté par deux ou trois amis qui sont connus de la maison de banque. Dans la banque d'Allemagne, le prêt se fait à tout associé, à des conditions assez onéreuses il est vrai, puisque le total des intérêts est de 8 p. 100, savoir : 5 p. 100 intérêt de l'argent, plus 1/4 p. 100 de commission par mois; mais il ne faut pas perdre de vue que ces intérêts se capitalisent et

Digitized by Google

que leur ensemble constitue une partie des bénéfices qui, comme le reste, se répartit entre les associés proportionnellement à leur mise.

Ces banques d'avance sont bien l'origine et le type des sociétés coopératives de crédit mutuel. Elles réalisent un progrès essentiel; elles donnent à la solidarité des membres qui se réunissent et au cautionnement des uns par les autres, une puissance inconnue jusqu'ici. On ne mesure bien les progrès qu'elles accomplissent qu'en parcourant les différentes étapes de l'histoire du crédit. A l'origine de la société humaine, le crédit ne s'obtient que par la transmission de la propriété même de la chose qui est à vous. Il en résulte que ce crédit que je sollicitais pour faire fructifier ma propriété devient illusoire, puisque, pour l'obtenir je cesse d'être propriétaire. Aussi, plus tard, ce n'est plus la propriété que l'emprunteur transfère au prêteur, mais seulement la possession de sa chose. Là encore, quoique moindre, l'inconvénient est capital. L'emprunteur ne peut pas employer le prêt à faire fructifier sa chose, puisqu'il ne la possède plus. C'est à ce moment qu'un pas décisif s'accomplit dans l'intérêt du crédit. L'emprunteur gardera la propriété et la possession de sa chose; il se bornera à conférer au créancier une espèce de droit de gage, une sorte de séquestre qui s'opposera à toute mutation et aliénation de l'immeuble et qu'on appelle hypothèque.

Mais ces procédés ne pourvoient tous qu'au crédit réel; il faut aller plus avant encore et substituer à la garantie des choses la garantie des personnes. Il y a dans cette transformation du crédit une idée féconde et profondément moralisatrice. La personne du travailleur honnête a une valeur énorme, lorsqu'elle s'associe à une autre personne; il y a, dans ce rapprochement mutuel, une solidarité qui, vis-à-vis des tiers, centuple son importance.

C'est à ces titres que les sociétés de crédit mutuel doivent être largement encouragées.

Il est bon, comme pour les sociétés de consommation, de citer quelques statuts.

1° *Société civile d'épargne et de crédit des ouvriers tailleurs de pierre.* — On remarquera d'abord que cette société est civile.

Le but de la société est d'assurer à chacun de ses membres des moyens de crédit.

Digitized by Google

Tout sociétaire verse chaque semaine une cotisation dont le minimum est de 50 cent.

Les sociétaires ne peuvent pas obtenir de la société un prêt de plus de cent francs (en général du moins). — Le Comité décide souverainement si le prêt demandé doit être accordé. — L'intérêt des prêts est de 4 p. 100. — L'emprunteur donne en garantie à la société, sur lui-même, un ou plusieurs billets à 90 jours qui ne pourront jamais être négociés.

Les droits des actionnaires sont personnels; ils ne sont ni transmissibles ni négociables.

Les produits nets du capital formé par l'épargne des sociétaires constituent les bénéfices de la société. Ils sont portés au crédit de chaque sociétaire proportionnellement au crédit de la somme versée.

2° *La société de crédit mutuel et celle du crédit au travail sous la raison sociale Beluze et C*. — Elle est en nom collectif à l'égard de M. Beluze et en commandite à l'égard des autres.

La société a pour but de créditer les associations actuellement existantes, d'aider à la nouvelle formation de sociétés de production, consommation ou de crédit; d'assurer le développement des principes de mutualité et de solidarité, afin de rendre le crédit accessible au travailleur fonctionnant dans toutes les branches de l'activité humaine : agriculture, industrie, commerce, enseignement, sciences et arts.

Les opérations de la société consistent :

1° A créditer les associations, soit en leur fournissant des fonds à titre de participation, soit en recevant à l'Escompte les valeurs commerciales créées ou endossées par elles, soit en leur ouvrant un crédit sur garanties convenables ;

2° A assurer à ses propres membres un crédit au moins égal pour chacun, à son capital versé dans la commandite, et pouvant dépasser ce chiffre par la garantie solidaire de plusieurs membres ou de tiers;

3° A accorder ce même crédit à des tiers se cautionnant solidairement pour le remboursement de leurs emprunts;

4° A faire, pour le compte des associés et des tiers, tous recouvrements, payements, commissions et placements de fonds, etc., etc.;

5° A recevoir des comptes courants;

6° A recevoir des dépôts à certaines conditions,

Digitized by Google

Le crédit accordé à chaque associé est couvert par des valeurs à ordre, ou garanti par une hypothèque sur les immeubles, ou une délégation privilégiée dans le matériel, les marchandises ou les créances de l'association.

La société escompte les valeurs créées ou endossées par les associations qui auront un crédit ouvert et qui seront intéressées dans la société. Elle accepte à l'escompte les valeurs des membres de la société. Elle reçoit en comptes courants, avec intérêts, toutes les sommes qui lui sont confiées par ses coassociés ou par des tiers.

La liste des adhérents de cette société est curieuse, elle renferme plus de mille commanditaires, de toutes les positions sociales, libérales ou manuelles.

3° *La société des statuts modèles.* — La société, d'après le règlement type, a pour objet : 1° de faire aux associés des avances ou prêts sur valeurs souscrites par eux-mêmes ; 2° d'escompter à eux des effets de commerce ou de leur en faciliter l'escompte en lui donnant la garantie de la signature sociale ; 3° de recevoir en compte courant toute somme ou cotisation d'associés ou de personnes aspirant à entrer dans la société.

Le gérant ne peut, en principe, faire d'avance ou de prêts que jusqu'à concurrence du double de la somme versée par l'emprunteur.

Les bénéfices sont partagés proportionnellement aux sommes versées. S'il y a des pertes, elles sont supportées proportionnellement aux sommes fournies par chaque associé.

Dans le cas où des pertes viendraient diminuer les apports déjà réalisés, ils devraient être complétés par le moyen de cotisations hebdomadaires et par la retenue des intérêts et des bénéfices.

§ 3. — *Société de production.*

Les sociétés de production sont de beaucoup les plus hardies et les plus importantes ; elles ont pour but de transformer les matières premières en produits fabriqués. L'ouvrier se fait patron pour exploiter lui-même à son profit. Il est certain que c'est le dernier mot de l'association : mais il ouvre une foule de périls et renferme bien des causes d'insuccès. Nulle part le bon accord des associés n'est plus essentiel que dans une so-

Digitized by Google

ciété de production, puisque chacun prend sa part dans la mise en œuvre de l'industrie. Tout ce qui peut lui nuire ou le compromettre est pour l'association une cause de ruine.

Il importe essentiellement que la direction de l'œuvre soit dans des mains honnêtes et capables. L'inintelligence ou l'infidélité engendreraient de grands désastres.

Ajoutons qu'une société de production, vivant de la vie commerciale, est soumise à tous les flux et reflux des cours de la place, à tous les *alea* du marché, et qu'une oscillation de baisse prononcée ou prolongée renferme des conséquences d'autant plus fatales, qu'elles retomberaient de tout leur poids sur des ouvriers que la misère exaspérera et qui ont besoin de leur gain quotidien pour vivre.

Ces remarques générales faites, voici quelques exemples de ces genres de société.

Association générale de production des ouvriers tailleurs. — La société a pour objet l'exploitation et l'entreprise de tout ce qui concerne la profession et le commerce de tailleur.

Il est retenu à tout associé (soit qu'il travaille au siége de la société, ou pour elle au dehors) un dixième du produit de son travail, pour être versé à son compte d'apport.

Chaque associé doit son travail à la société... Il s'interdit absolument, sous peine d'exclusion, de faire, pour son compte particulier, aucun travail de même nature que celui de la société... Les associés peuvent être autorisés à travailler chez eux.

La société est en commandite. Le gérant est toujours révocable.

La société, outre les associés, comprend des postulants, et des auxiliaires pour aider les ouvriers. 50 pour 100 des bénéfices sont répartis entre ces trois classes de personnes, proportionnellement au travail produit par chacun d'eux, représenté par le salaire perçu. Les 50 pour 100 restant sont portés au fonds de réserve. Les postulants et les auxiliaires ne participent pas aux pertes, mais il est fait, sur la part qui leur revient, une retenue de moitié, qui est portée à la réserve, et la somme de ces retenues forme un fonds commun sur lequel on prélève une somme suffisante pour couvrir les pertes. Le surplus, s'il y en a, forme un fonds indivis jusqu'à la liquidation de la société.

Digitized by Google

En cas de perte, les associés sont tenus de rapporter leur part contributive, c'est-à-dire leur mise, qui ne serait pas complète, ou de subir la retenue du dixième sur le produit de leur travail, pour reconstituer leur apport.

L'association ouvre encore un compte courant aux adhérents. Elle reçoit des versements à partir de 5 fr., et paye un intérêt qui, suivant la durée du prêt, est de 4 ou 6 pour 100.

Elle offre à ses membres proprement dits les marchandises non façonnées, qui doivent servir à leur usage personnel, au prix de facture, avec une commission en sus de 2 1/2 pour 100.

Un règlement général donne de sages conseils aux associés, prêche la soumission et flétrit en termes énergiques l'ivrognerie, les injures, la violence, les paroles obscènes et la paresse.

Statuts modèles d'une société de production. — D'après eux, l'apport de chaque associé doit être versé en espèces ou en nature.

Tout associé qui ne l'a pas versé, lors de la constitution de la societé, le complète par la retenue de ses bénéfices et même par une retenue d'un dixième sur son salaire.

La société n'emploie qu'accidentellement des auxiliaires. L'associé qui travaille chez lui ne peut employer d'autres auxiliaires que sa femme et ses enfants, si ce n'est avec l'autorisation du gérant.

Le travail est payé à la tâche ou aux pièces, à la journée ou au mois. Il reçoit une première rétribution qui représente le salaire actuel et est versée à chacun par payes périodiques. Il reçoit, en outre, une part du produit à titre de complément du prix de main-d'œuvre. Cette dernière part ne peut être réclamée que si l'inventaire établit pour l'exercice la réalité de bénéfices.

La société peut toujours admettre de nouveaux membres, quand elle a du travail pour les occuper. Mais l'ouvrier admis doit avoir travaillé pendant trois mois au moins, à titre d'essai, pour la société.

Aucun associé ne peut transporter ses droits à un tiers, ni faire une cession, même partielle, de ce qui pourra un jour lui revenir dans l'association sans y avoir été autorisé par l'assemblée.

Digitized by Google

Les bénéfices sont partagés dans de certaines proportions ; mais si l'inventaire constate des pertes, elles sont exclusivement supportées par le capital social, sauf la reconstitution du capital au moyen de la retenue des bénéfices et du salaire, sauf, en outre, la responsabilité indéfinie du gérant envers les tiers.

Telles sont les principales clauses des statuts des trois types de société coopérative.

Il est bon de savoir d'une manière générale que, pour fonder au début une société semblable, il ne faut aucune autorisation du gouvernement, que l'autorisation n'est nécessaire que pour réunir une assemblée générale de plus de vingt personnes ; que, pour être en règle avec la loi, il suffit que les statuts soient transcrits sur une feuille de papier timbré, signés par tous les associés, etc. HENRI AMELINE.

(*La suite à une autre livraison.*)

LES BARBARES ET LEURS LOIS,

Par M. L. DE VALROGER, professeur d'histoire du droit à la Faculté de Paris.

La Gaule, devenue province romaine, dut à l'Empire une époque de prospérité. Il la dota de belles institutions administratives, lui communiqua le droit si savant de Rome. Le génie gaulois prit alors l'essor en tous sens. Malheureusement tout cela fut compromis par la constitution politique de l'Empire. C'était le despotisme, tempéré seulement par le pouvoir des soldats qui défaisaient un César pour en faire un autre. Souvent les armées se divisaient ; la force décidait alors entre les prétendants. Cette constitution monstrueuse dut inévitablement conduire l'Empire à la décadence, à la dissolution : c'est ce qui l'ouvrit aux barbares. Ils pesaient depuis longtemps sur les frontières du Danube et du Rhin. L'état de décomposition où tomba l'Empire rendit leur effort irrésistible. La brèche ouverte par les Germains, une barbarie plus reculée s'y préci-

Digitized by Google

pita, poussant les Germains en avant. C'étaient les Sarmates et les Scythes de l'antiquité, les Huns d'Attila, c'est-à-dire les Slaves et les Tartares. Ces dernières invasions ne furent qu'un torrent qui passa en ravageant. Les Germains seuls se fixèrent sur les ruines de l'Empire d'Occident. Ils y fondèrent des États plus ou moins durables qui eurent leurs lois. Dans ces lois venues jusqu'à nous se peignent les usages dont Tacite avait tracé un premier dessin. On y voit la forme germanique que prit la société gallo-romaine, et aussi comment elle la dépouilla bientôt pour en revêtir une autre, la forme féodale. C'est là qu'il faut chercher les premiers germes du droit coutumier qui a régi la France jusqu'en 89.

Quels furent ces peuples barbares sous lesquels l'Empire romain succomba? Quels États formèrent-ils, et quelles devaient être les destinées de ces États? Où, quand et comment leurs lois furent-elles composées? Dans quel état nous sont-elles parvenues? A quelles publications peut-on en demander la connaissance? Sous quelle forme s'y présentent-elles? Voilà les points que je me propose de traiter sommairement [1].

CHAPITRE Ier.

L'ITALIE APRÈS LA CHUTE DE L'EMPIRE D'OCCIDENT.

I.

C'est en 476 que l'Empire d'Occident prit fin, renversé par Odoacre et ses bandes.

La domination d'Odoacre n'eut pas une longue durée. L'Italie lui fut bientôt enlevée par des barbares que la politique byzantine avait poussés à cette entreprise.

Longtemps avant la catastrophe de 476 l'Empire d'Orient

[1] Je vais tout d'abord indiquer les recueils auxquels j'aurai lieu de renvoyer le plus souvent :

BALUZE. — *Capitularia regum Francorum*. Paris, 1677; 2 vol. in-f° — La nouvelle édition donnée par Chiniac, en 1780, n'est guère qu'une reproduction dans laquelle on a pris soin de conserver la pagination de la première.

PERTZ — *Monumenta Germaniæ historica*. — La partie consacrée aux lois dans cette grande collection inachevée comprend aujourd'hui trois volumes.

CANCIANI. — *Barbarorum leges antiquæ*. Venise, 1781-1792; 5 vol. in-f°.

WALTER. — *Corpus juris Germanici antiqui*. Berlin, 1824; 3 vol. in-8°.

Digitized by Google

avait vu avec inquiétude les Goths, établis antérieurement sur les bords de la Baltique, occuper les rives du Danube. Les Goths s'y partagèrent en deux grandes familles divisées par le cours du Dniester : d'un côté les Goths de l'Est, West-Goths, Visigoths; de l'autre côté les Goths de l'Est, Ost ou Auster-Goths, Ostrogoths. A un certain moment les Visigoths se mirent en marche sous le commandement de leur roi Alaric, et s'ouvrirent l'Empire d'Occident dont ils précipitèrent la chute : nous les retrouverons établis en Gaule. Les Ostrogoths, restés sur le Danube, continuaient d'être pour l'empire d'Orient des voisins menaçants. La cour de Byzance s'attacha à entretenir avec eux des rapports amicaux, à s'en faire même des auxiliaires utiles. On voit un jeune roi des Goths, Théodoric, attiré à la cour de Zenon où il fut initié à la civilisation romaine. Mais on redoutait toujours ce peuple remuant : Zenon jugea prudent de donner au loin un emploi à son humeur guerrière. Odoacre était maître de l'Italie; Théodoric fut dirigé de ce côté avec ses Goths pour la reprendre aux bandes d'Odoacre. Les Ostrogoths réussirent dans cette entreprise et fondèrent, en 493, un royaume sur lequel l'Empire d'Orient eut une sorte de suzeraineté. Mais sans méconnaître qu'il eût dans l'Empereur d'Orient un supérieur, Théodoric se conduisit toujours en souverain indépendant.

L'établissement des Goths ne changea rien à la condition personnelle des Italiens. Leurs propriétés ne paraissent pas avoir souffert de nouvelles atteintes : il est à croire que les terres reprises aux bandes d'Odoacre fournirent aux Goths des établissements suffisants. Les Goths composèrent seuls l'armée. Ils eurent leurs tribunaux propres où la justice leur était rendue par des juges nationaux. Mais ils paraissent s'être confondus sous tous autres rapports avec les Italiens.

Nous possédons un Code publié sous le nom d'Édit par Théodoric [1]; Code très-succinct : il n'a que cent cinquante-quatre articles, et n'en touche pas moins à toutes les matières. C'est un droit purement romain, puisé surtout dans le Code Théodosien. Cet édit s'annonce formellement comme une loi destinée à régir les Goths aussi bien que les Italiens [2]. J'ai donc

[1] Ap. Canciani, I, 3. — Walter, I, 391.
[2] « Quæ barbari romanique sequi debeant. » (Prolog.)

Digitized by Google

peine à comprendre les doutes qu'on a élevés sur ce point. Des auteurs se sont refusés à croire que les Goths aient abdiqué leurs coutumes nationales pour se soumettre au droit romain. D'autres ont imaginé que ce Code dut faire règle seulement dans les litiges entre Italiens et Goths. Ces systèmes s'évanouissent devant le texte si clair que j'ai relevé. Ce qui serait plus spécieux au premier abord, c'est l'idée émise par d'autres que les Goths restèrent soumis à leurs coutumes nationales dans les choses que l'édit de Théodoric ne réglait point. Mais un peu de réflexion dissipe encore cette hypothèse; car l'édit, comme je l'ai remarqué, touche à toutes les matières du droit. Comment supposer, dans une même matière, l'autorité contradictoire du droit romain et des coutumes gothiques? Quoique je ne puisse approuver aucune de ces hypothèses, je ne suis point surpris qu'elles aient trouvé des partisans; il n'y a point d'autre exemple d'un peuple barbare échangeant ses usages nationaux pour le droit romain. Mais celui-ci est bien constaté : les *Variæ* de Cassiodore en fournissent un nouveau témoignage; la soumission des Goths aux lois romaines y est pareillement proclamée [1].

Cassiodore fut un ministre de Théodoric. Sous ce titre de *Variæ*, il nous a laissé un recueil de dépêches, d'arrêtés, d'actes et de formules de chancellerie. Nous y voyons le gouvernement de Théodoric en action. Le caractère en est tout romain. C'est le même système d'administration, le même système financier qu'au temps de l'Empire. On a conservé du régime impérial ce qu'il avait de bon, et aussi ce qu'il avait de mauvais, comme la servitude des curiales [2]. Les ministres de Théodoric sont des Romains : c'est, avec Cassiodore, un écrivain distingué, Boèce.

L'Italie fut donc sous Théodoric ce qu'elle aurait pu être sous un empereur romain, avec cette différence qu'au lieu d'être comme autrefois livrée à des barbares féroces, elle se reposait maintenant sous l'autorité d'un barbare civilisé. Théodoric avait été élevé à la cour de Constantinople. Il y avait acquis la connaissance et le goût de la civilisation romaine. Il

[1] « Delectamur jure Romanorum vivere » (III, 43). — « Gothis Romanisque apud nos jus esse commune. » (VIII, 3.)

[2] V. *Variæ*, VIII, 31.

Digitized by Google

s'attacha à la faire refleurir, et même à ranimer les études.

Théodoric ne réussit cependant point à gagner l'affection des Italiens. L'antipathie nationale fut envenimée par l'antagonisme des croyances religieuses : les Goths étaient ariens. Théodoric ne paraît pas avoir persécuté le catholicisme. Le clergé catholique lui fut néanmoins hostile. Théodoric devint soupçonneux; il crut à des conspirations; des personnages importants, et entre autres son ministre Boèce, furent mis à mort.

Théodoric ne tarda pas à le suivre au tombeau, laissant son royaume affaibli par ces divisions, et un enfant pour successeur.

II.

Justinien qui régnait alors sur l'Orient jugea le moment favorable pour remettre l'Italie sous l'autorité directe de l'Empire. Un prétexte fut bientôt trouvé pour déclarer la guerre aux Ostrogoths. Cette guerre, commencée par Bélisaire, fut heureusement menée à fin par Narsès.

Les suites de ce rétablissement de l'autorité impériale en Italie furent réglées par une pragmatique sanction de Justinien, qu'on trouve à la suite de beaucoup d'éditions du *Corpus juris*. On y voit que Justinien s'empressa de faire publier en Italie ses œuvres législatives. C'est peut-être à ce soin que nous en devons la conservation. Remplacées en Orient par les Basiliques, elles auraient peut-être péri si elles ne s'étaient répandues alors en Italie. Les Pandectes y furent bientôt oubliées; mais on sait comment, en reparaissant plus tard à la lumière, elles suscitèrent une renaissance du droit romain dont l'étude transforma la société européenne.

III.

L'Empire d'Orient n'avait ainsi repris possession de l'Italie que pour peu de temps. Justinien lui-même introduisit dans l'Empire les barbares qui devaient lui enlever sa conquête. Menacé sur le Danube par les Gépides, il leur avait opposé un autre peuple barbare, les Longobards que l'on a pris l'habitude d'appeler Lombards par contraction de leur nom primitif. Excités par des chefs entreprenants ils se jetèrent sur l'Italie dans la seconde moitié du VIe siècle, et y fondèrent un État

Digitized by Google

destiné à plus de durée que celui des Goths et d'un caractère bien différent.

L'Italie eut cruellement à souffrir. Pendant sept ans elle fut le théâtre d'une anarchie sanglante. Les chefs lombards unis pour la conquête s'étaient ensuite divisés quand il avait fallu la partager. On s'entendit enfin : une royauté fut créée, et un ordre de choses régulier commença.

Établis d'abord au pied des Alpes, dans la belle contrée à laquelle leur nom est resté, les Lombards étendirent successivement leur domination sur une grande partie de l'Italie inférieure. Il ne resta à l'Empire d'Orient que le territoire de Ravenne où résidait un lieutenant impérial avec le titre d'exarque; Rome, où toute l'autorité avait passé de fait aux papes; Naples, et une partie de la Calabre.

Nous possédons de nombreux monuments du droit des Lombards.

C'est d'abord la législation de leurs rois [1].

Elle ne s'ouvre que sous le règne de Rotharis qui monta au trône en 636. Trois quarts de siècle s'étaient déjà écoulés depuis l'établissement des Lombards en Italie. Ils étaient restés jusque-là sans autre droit que des coutumes et des lois confiées à la mémoire de la nation [2]. Rotharis donna aux Lombards un Code où ces coutumes et ces lois furent mises par écrit, modifiées en ce qui parut demander une réforme, augmentées de dispositions nouvelles qui répondaient à de nouveaux besoins [3]. Ce Code délibéré avec de hauts personnages, les juges de la nation, fut sanctionné par les acclamations de l'armée [4].

[1] « Muratori en avait donné une édition reproduite par Canciani, I, 57; — plus tard par Walter, I, 683.

Une nouvelle édition d'après les manuscrits a été publiée par M. Baudi di Vesme dans la collection piémontaise des *Monumenta patriæ*. — *Edicta regum Longobardorum*. Éd. Baudi di Vesme. Turin, 1846, in-f°. Le texte fourni par cette publication savante a été reproduit dans une petite édition donnée en Allemagne par Neigebaur : *Edicta regum Longobardorum*. Munich., 1855, 8.

[2] « Inquirentes et rememorantes antiquas leges patrum nostrorum quæ scriptæ non erant. » Ed. Rothar. *in fin.*

[3] « Prospeximus præsentem corrigere et componere legem quæ priores omnes et renovet et emendet et quod deest adjiciat et quod est superfluum abscindat. » (Prolog.)

[4] « Cum primatis judicibus cunctoque felicissimo exercitu augente constituimus. » (*In fin.*)

Digitized by Google

Il se compose de trois cent quatre-vingt-dix articles qui touchent sans ordre à toutes les matières. C'est un droit tout germanique, où même certaines coutumes des Germains sont mieux accusées que dans aucune autre loi barbare.

La législation lombarde ne resta pas immobile après l'édit de Rotharis. Quelques points parurent à l'un de ses successeurs, Grimoald, appeler une réforme[1]. Il publia à cet effet un court édit. C'est sous ce roi que les Lombards, ariens quand ils entrèrent en Italie, se convertirent au catholicisme. On aperçoit aussitôt, dans l'édit de Grimoald, l'influence de l'Église et du droit romain.

Cette double influence est encore plus marquée dans la législation de Luitprand, qui fait suite à l'édit de Grimoald. Elle se compose d'une série chronologique d'édits promulgués par Luitprand à divers moments de son règne, de l'an 713 à l'an 735. C'est, avec l'édit de Rotharis, la partie la plus importante des lois lombardes; mais le genre d'intérêt est très-différent : là se peignent les vieilles mœurs des Lombards; ici se montre la transformation qu'elles subirent.

Deux courts édits de deux successeurs de Luitprand, Rachis et Astolf, présentent le même caractère et ferment la série des édits lombards.

Il est utile de les suivre dans leur développement chronologique pour constater les changements qui s'opérèrent avec le temps dans les mœurs. Mais, à un point de vue pratique, cette série chronologique d'édits touchant sans ordre à toutes les matières est d'un emploi incommode, difficile. C'est ce qui inspira l'idée de remanier cette législation pour en distribuer les articles par ordre de matières d'après un plan méthodique. De premiers essais de ce genre furent éclipsés par un travail qui obtint une faveur générale et devint d'un usage habituel sous le nom de *Lombarda lex*, ou simplement *Lombarda*[2]. L'auteur de cette refonte des édits que j'ai examinés est inconnu, et l'on ne peut même déterminer l'époque précise

[1] « Per suggestionem judicum, omniumque consensu ea quæ illis duræ et iniquæ in hoc edicto visa sunt ... corrigere et revocare. » (Ed. Grimoald. prolog.)

[2] Ap. Lindenbrog, *Codex legum antiquarum*. — Walter, I, 670, donne une conférence de la *Lombarda* avec les édits lombards.

Digitized by Google

où cette œuvre vit le jour; on peut seulement affirmer que ce fut longtemps après que des rois lombards avaient cessé de régner sur l'Italie.

Le droit des Lombards ne fut pas enveloppé dans la chute de l'État qu'ils avaient fondé. Il se maintint, comme droit personnel des Lombards et de leur descendance, à côté du droit romain qui régissait les Italiens. De là vint l'usage d'énoncer dans les actes la nationalité des contractants, pour fixer la loi qui en régirait les effets. De là aussi l'usage, au commencement de chaque procès, de demander aux parties la déclaration de leur nationalité pour savoir quel droit devait servir de règle au litige. Voilà le but des *professiones*, des *interrogationes* qu'offre la pratique italienne du moyen âge.

Le droit lombard ne continua pas seulement d'avoir autorité pour une partie des habitants; il s'en conserva une étude, une science qui produisit des travaux dignes d'être mentionnés. On en connaissait déjà quelques-uns[1], notamment un Recueil de formules de procédure où figurent invariablement un demandeur nommé Martin, et un défendeur nommé Pierre : ils échangent des soutiens qui jettent du jour sur les principes du droit lombard et sur leur application[2]. De nos jours les recherches faites par un savant allemand, Merkel, dans les bibliothèques d'Italie ont amené d'autres découvertes[3]. Pavie, l'ancienne capitale des Lombards, resta le foyer d'une étude active de leur droit. L'école de Pavie fit de bonne heure pour ce droit ce que l'école de Bologne fit plus tard pour le droit romain. Elle en éclaircissait les textes par des gloses, brefs commentaires écrits en interligne ou à la marge. Quand ces gloses se furent multipliées, on sentit comme à Bologne le besoin d'en faire un corps : le droit lombard eut son Accurse qui lui donna sa grande glose; ce fut Car. Tocco.

[1] Voy. dans Walter, III, 756, un petit recueil intitulé *Quæstiones ac monita.*

[2] On trouve dans les recueils de Canciani et de Walter ces formules distribuées à la suite des articles de la législation lombarde auxquels elles se rapportent.

Outre ces formules d'un genre particulier à l'Italie lombarde, on en trouve d'autres d'un genre plus répandu, c'est-à-dire des modèles d'actes semblables à ceux que nous montrera la pratique franque. (Ap. Walter, III, 547.)

[3] Merkel, *Die geschichte des Longobarden rechts.* Berlin, 1840.

Digitized by Google

On fit aussi des sommes de la *Lombarda*, c'est-à-dire des expositions courtes et substantielles du droit contenu dans chaque titre. Une œuvre de ce genre, celle qui obtint le plus de cours, a été publiée en Allemagne il y a quelques années [1].

IV.

Voilà bien des ressources pour l'étude qu'on voudrait faire aujourd'hui du droit lombard. On ne trouve rien de pareil pour le droit d'aucun autre peuple barbare.

Et cependant, malgré tous ces secours, des questions d'un grand intérêt restent dans l'obscurité. Les suites que l'établissement des Lombards eut pour les Italiens sont entourées de nuages et ont donné lieu à de vives controverses. Les idées sur ce sujet ont passé par différentes phases. Au commencement il était admis que l'établissement des Lombards eut un caractère très-violent; que les Italiens furent dépossédés, traités en ilotes et réduits à un état voisin de la servitude. M. de Savigny, dans son *Histoire du droit romain au moyen âge* [2], présenta les choses sous un tout autre aspect. Il montra les Italiens propriétaires, jouissant d'une condition civile intacte, régis par le droit romain et ayant même conservé leur régime municipal. Ces idées s'emparèrent de l'opinion, mais plus tard elles ont perdu de leur crédit. On en est venu jusqu'à dire que les Italiens furent asservis par les Lombards [3]; on soutient au moins qu'ils furent gravement atteints dans leurs biens et dans leur condition civile; on conteste que l'usage du droit romain leur ait été laissé; on nie surtout la persistance du régime municipal.

Passons brièvement ces questions en revue.

Il est certain que dans les premiers temps qui suivirent l'établissement des Lombards l'Italie eut cruellement à souffrir. Leur historien, Paul Diacre, nous montre les églises pillées, les prêtres massacrés, les villes détruites, la population presque anéantie [4]. Mais ensuite la conquête se règle. Les Lombards

[1] *Die Lombarda. Commentare des Alriprand und Albertus.* Von Anschutz. Heidelberg, 1855.

[2] Ch. 5, § 117, et ch. 14, §§ 74 et s.

[3] It. Troya, p. 24, 34-36.

[4] « Spoliatis ecclesiis, sacerdotibus interfectis, civitatibus scebrutis, populisque... extinctis. » (P. Diac., II, 32.)

Digitized by Google

se donnent un roi, sous l'autorité duquel des jours meilleurs luisent pour l'Italie [1]. C'est l'état des choses, après qu'un ordre régulier se fut établi, qu'il faut rechercher.

Deux passages de Paul Diacre suggèrent l'idée que les Lombards furent imposés comme hôtes aux habitants ainsi que cela eut lieu ailleurs [2], et que les propriétaires fonciers eurent à leur céder le tiers du produit de leurs terres [3]. Ce partage du revenu avait de grandes difficultés d'exécution : il aboutit probablement à un partage du sol. C'est la marche que les choses suivirent à la suite d'autres établissements barbares : le silence des édits lombards sur le tribut du tiers imposé primitivement aux propriétaires semble prouver qu'il en fut de même en Italie.

Atteints ainsi dans leurs biens, les Italiens ne le furent pas dans leur condition civile, puisqu'ils conservèrent même l'usage du droit romain. Les édits de Luitprand prouvent de la manière la plus claire qu'à cette époque au moins les Italiens étaient régis par ce droit [4]. L'usage du droit romain leur avait-il été rendu après leur avoir été enlevé? Rien n'appuie cette hypothèse peu probable en elle-même. Nous verrons les autres barbares laisser aux peuples que le droit romain avait régis l'usage de ce droit : ils gardent leurs propres coutumes sans les imposer. Ainsi firent aussi les Lombards.

Il n'y a donc de question bien sérieuse que pour le régime municipal. En voyant au XIe siècle les villes lombardes en possession de s'administrer elles-mêmes et en état de soutenir une lutte glorieuse contre les empereurs d'Allemagne, on est prédisposé à croire que le régime municipal s'était toujours conservé, et qu'en se dépouillant des vices qui l'altérèrent il avait repris une vie nouvelle. Mais cet aperçu si spécieux est-il

[1] « Erat sane hoc mirabile in regno Longobardorum; nulla erat violentia, nullæ instruebantur insidiæ; nemo aliquem injuste angariabat, nemo spoliabat. » (P. Diac., III, 16.)

[2] Paul Diacre, après avoir mentionné la création d'une royauté lombarde, dit : « Populi per Longobardos hospites partiuntur. » Puis il montre l'ordre régnant désormais. (V. *supr.*)

[3] « Reliqui per hostes (al. hospites) divisi, ut tertiam partem suarum frugum Longobardis persolverent tributarii efficiuntur. » (P. Diac., II, 32.)

[4] « De scribis hoc prospeximus, ut qui chartulas scribunt sive ad legem Longobardorum... sive ad legem Romanorum, non aliter faciant nisi quomodo in illis legibus continetur. » (Luitpr., VI, 37.)

Digitized by Google

confirmé par l'histoire? Des auteurs allemands qui ont approfondi la question dans des ouvrages spéciaux[1] ne le croient pas. Ils refusent de reconnaître un lien entre le régime municipal romain et ces grandes libertés des villes lombardes. Comment donc prirent-elles naissance? Ils y voient une suite heureuse du pouvoir qui fut accordé aux évêques sur leurs villes épiscopales par des chartes d'immunité[2]. Sous leur autorité la bourgeoisie se releva; elle obtint une participation au gouvernement de ses intérêts locaux, participation d'abord étroite, mais qui s'élargit de plus en plus et engendra enfin les libertés triomphantes du XIe siècle. Je ne puis ici que signaler ces idées.

V.

Le temps rapprocha peu à peu les Lombards et les Italiens. Les rapports se resserrèrent encore lorsque les Lombards, entrés ariens en Italie, se furent convertis au catholicisme. L'ambition impatiente de leurs princes causa leur perte. Dans leur ardeur à étendre leur domination, les rois lombards inquiétèrent la papauté. Menacée, s'ils s'emparaient de Rome, de tomber sous leur dépendance, elle tourna ses regards vers un autre État barbare qui s'était fondé de l'autre côté des Alpes. Les Mérovingiens régnaient encore sur la France, mais tout le pouvoir avait passé à une famille qui gravissait à pas sûrs les marches du trône. La papauté réclama le secours de Charles Martel, puis de Pépin qui avait succédé à son pouvoir. Elle prêta son concours moral à Pépin pour se faire roi. En retour de ce service il descendit en Italie pour la défendre, battit les Lombards et leur enleva des possessions dont il fit don à l'Église de Rome.

Plus tard les Lombards essayent de les reprendre. Charlemagne, qui avait succédé à Pépin, franchit à son tour les Alpes et, achevant ce que son père avait commencé, il met fin à la domination des Lombards. Il place sur son propre front la couronne de Lombardie, et bientôt celle d'un nouvel empire d'Occident.

[1] Hegel, Bethmann Holweg.

[2] Nous retrouvons ces chartes d'immunité dans la monarchie franque, où elles jouent aussi un grand rôle.

Digitized by Google

Charlemagne confirma en l'amplifiant la donation que Pépin avait faite à l'Église de Rome. Ainsi fut fondé le pouvoir temporel de la papauté. Dès auparavant le pape exerçait à Rome un pouvoir qui était le prix de grands services. Abandonnée par ses empereurs, Rome avait trouvé dans son évêque une autorité dévouée qui devint par moments sa providence visible. Ainsi, quand Attila marchait sur Rome pour la saccager, un pape alla au-devant de lui et obtint qu'il reculât. La puissance morale que le pape possédait se changea peu à peu en un pouvoir réel : Rome semblait toujours gouvernée par son sénat, mais le sénat obéissait à la direction du pape. L'Empire d'Orient ne vit pas sans jalousie s'élever cette autorité qui faisait oublier la sienne. Il aurait voulu que Rome lui gardât sa fidélité quand il ne faisait rien pour elle. Mais la cité veuve des Césars forma une nouvelle alliance avec un autre pouvoir qui devait la rendre une seconde fois, d'une manière différente, la reine du monde.

CHAPITRE II.

Les Vandales en Afrique.

Dès avant la catastrophe de 476 qui mit fin au premier Empire d'Occident, plusieurs de ses provinces lui avaient échappé : la côte d'Afrique, l'île de Bretagne, une grande partie de la Gaule avaient été occupées par des peuples Germains. En Afrique ce furent les Vandales.

Ils habitaient les bords de la mer du Nord dans le voisinage des Goths, lorsqu'ils se portèrent comme ceux-ci vers le Danube. Pour s'en débarrasser, l'empire d'Orient leur concéda la Pannonie. Ils l'occupaient lorsque la ligne du Rhin fut dégarnie de troupes pour couvrir l'Italie que menaçait Alaric. Les Vandales firent alors irruption dans la Gaule qui resta pendant plusieurs années en proie à ces hordes. Elles furent enfin rejetées de l'autre côté des Pyrénées par les Visigoths, à qui l'empire d'Occident venait de céder une partie de la Gaule. Les bandes vandales erraient en Espagne lorsqu'un gouverneur d'Afrique qui avait à se plaindre de l'empereur les appela. Elles vinrent, mais ce ne fut pas pour le soutenir; les Vandales firent pour leur propre compte la conquête du pays.

Digitized by Google

Jetons un rapide coup d'œil sur son passé ; c'est une histoire faite pour nous intéresser, puisqu'une partie de l'Afrique romaine est de nos jours devenue terre française. Le nord de l'Afrique était habité par des peuples que Strabon appelle Maures, — ce sont les ancêtres des Berbères et des Kabyles, — lorsqu'une colonie phénicienne s'établit dans ces régions sur un territoire qui dépend aujourd'hui de la régence de Tunis. Carthage étendit autour d'elle sa domination, mais elle ne fit qu'imposer sa puissance aux populations primitives sans changer leurs mœurs. Lorsque Rome eut vaincu Carthage, elle eut à soutenir contre les Numides une longue guerre dont Salluste a raconté la fin : on croirait lire le récit des campagnes de notre armée d'Afrique. Rome soumit ces peuples belliqueux sans réussir mieux que Carthage à les transformer. Sa civilisation pénétrante, qui opéra ailleurs tant de merveilles, y échoua. Mais une colonisation vigoureuse se superposa à ces populations résistantes, et l'Afrique prit ainsi à la surface une physionomie romaine. La dédadence de l'Empire la livra de nouveau à la barbarie.

L'historien Procope fait un sombre tableau du sort qu'elle subit sous les Vandales [1] : les propriétaires les plus riches furent dépouillés de leurs biens qui formèrent la part des chefs ; le reste des meilleures terres fut distribué à l'armée vandale ; ce qu'on laissa aux Romains fut chargé de si lourds impôts qu'ils semblaient ne plus cultiver le sol que pour des maîtres. — Mais il faut que ce tableau soit chargé, ou que la conquête se soit promptement adoucie ; car on voit, au bout de quelque temps, des impôts modérés et des Romains en possession de grandes fortunes.

Les Vandales gardèrent leur organisation militaire. Ils gardèrent aussi leurs coutumes nationales. Le gouvernement prit un caractère nouveau. Mais sous ce gouvernement barbare les Romains continuèrent d'être régis par le droit romain qui leur était appliqué par des tribunaux distincts. Ils continuèrent même d'exercer beaucoup de fonctions : les traditions de l'empire se conservèrent ainsi dans l'administration. L'idée d'extrême barbarie qu'on a attachée au nom des Vandales n'est donc pas en accord avec l'histoire [2].

[1] Procop., *Vandal.*, I, 5.

[2] Ceci me rappelle un mot de Louis XVI que M. Ampère nous a conservé

Digitized by Google

Ce qui les perdit, ce fut leur intolérance religieuse. Ils étaient ariens comme les autres peuples germains convertis au christianisme avant de s'établir dans l'empire. Ils voulurent imposer leur croyance à la population catholique. Un édit de persécution publié par Huneric mérite de fixer l'attention. Le roi vandale y rappelle les lois rendues par les empereurs contre les ariens, et il présente ses mesures de proscription du catholicisme comme une juste rétorsion de ce que les catholiques ont fait souffrir à sa croyance. Voilà le châtiment réservé à l'intolérance religieuse : les persécuteurs d'aujourd'hui seront peut-être demain persécutés à leur tour... L'empire d'Orient épiait l'occasion de reprendre l'Afrique aux Vandales. Justinien jugea que le moment était venu. Les Vandales avaient été amollis par le climat, par les jouissances d'une civilisation nouvelle pour eux. Les populations romaines allaient de leurs vœux au-devant de qui les délivrerait de conquérants spoliateurs de leurs biens et persécuteurs de leur foi. Les Maures, jamais domptés, étaient prêts à se soulever. Une expédition commandée par Bélisaire réussit, et la domination vandale fut renversée après un siècle de durée. L'Afrique fut ainsi rattachée à l'empire d'Orient jusqu'à ce qu'elle lui fût enlevée par l'Islamisme.

L'édit d'Huneric que j'ai cité est le seul monument de la législation des Vandales qui nous soit parvenu. Leur établissement en Afrique méritait néanmoins de nous arrêter un moment. C'est une page de l'histoire si variée des établissements barbares. Il faut les étudier tous pour arriver, par rapprochement, à en saisir les caractères généraux et les particularités.

(*Rev. des Deux-Mondes*, décembre 1857). Au dix août, Louis XVI, chassé de son palais, était venu chercher un asile dans l'Assemblée nationale. Les insurgés y pénètrent et défilent devant le malheureux prince en lui jetant leurs injures. Comme un de ces furieux le traitait de *Vandale*, Louis, resté calme dans cette situation tragique, se retourne vers le président de l'Assemblée, Lemontey, de qui Ampère tenait ce récit, et lui dit tranquillement : « Ces Vandales n'étaient pas si barbares qu'on le croit. »

Digitized by Google

CHAPITRE III.

Les Anglo-Saxons dans l'île de Bretagne.

L'établissement barbare qui eut le caractère le plus violent fut celui des Anglo-Saxons dans l'île de Bretagne.

La domination romaine y avait pris fin dès avant la chute de l'empire d'Occident : Rome se vit réduite à en retirer ses légions pour couvrir l'Italie à un moment où elle était menacée. La Bretagne, livrée ainsi à elle-même, tomba dans l'anarchie. Les populations presque sauvages qui habitaient le nord de l'île, Pictes et Scots, descendent de leurs montagnes et, mettant cette anarchie à profit, portent le ravage de tous côtés. Les Bretons étaient en même temps attaqués par des pirates descendus sur leurs rivages. De l'autre côté de la mer, sur les rives de la mer du Nord et de la Baltique, habitaient des populations germaines qui avaient tourné leur activité vers les expéditions maritimes. Elles allaient chercher, où les vents et les flots les portaient, du butin, des aventures. C'étaient les Anglo-Saxons, plus au nord les Danois, encore plus au nord les Normands : trois peuples qui devaient conquérir successivement l'île de Bretagne : les Anglo-Saxons sur les Bretons, puis les Danois sur les Anglo-Saxons, enfin les Normands sur les Danois. Dans leurs luttes contre les populations du nord de l'île, les Bretons eurent le malheur de prendre pour auxiliaires des aventuriers anglo-saxons débarqués sur leurs côtes. Dès qu'ils eurent pris pied à ce titre dans le pays, les Saxons n'eurent plus d'autre pensée que de s'en rendre maîtres. Les Bretons luttèrent courageusement ; mais les Saxons recevaient sans cesse de nouveaux renforts, tandis que la Bretagne s'affaiblissait par ses divisions intestines. Des légendes bretonnes célèbrent les efforts que fit pour sauver son pays un roi Arthur peu connu de l'histoire. Arthur fut tué dans un combat ; avec lui succomba la cause nationale. Beaucoup de Bretons passèrent la mer et vinrent chercher asile dans l'Armorique. Ce qui n'émigra point se retrancha sur les points de l'île que leur configuration permettait de défendre avec plus d'avantage ; c'était, à cause de sa forme péninsulaire, la Cornouaille ; c'était, à cause de ses montagnes, la contrée qui prit alors le nom de Cambrie et qu'on a plus tard appelée pays de Galles.

Digitized by Google

Quel fut le sort du territoire occupé par les Anglo-Saxons? Il fut incomparablement plus dur que celui de l'Afrique sous les Vandales. L'établissement des Anglo-Saxons fut une conquête d'un caractère sauvage. Ce n'est plus un peuple vainqueur qui se superpose à un peuple vaincu en lui reconnaissant des droits : les lois anglo-saxonnes ne parlent point de la population bretonne; ce silence prouve que, dans le territoire occupé par les Anglo-Saxons, les Bretons avaient disparu par expulsion, émigration, ou avaient été ravalés à la condition la plus dégradée.

Cette conquête eut pour suite la formation de beaucoup de petits États qui arrivèrent à se fondre en sept royaumes; c'est ce qu'on appelle l'heptarchie saxonne. Ce nombre arriva à se réduire encore, les plus grands États continuant toujours d'absorber les plus petits, jusqu'à ce qu'il n'y eût plus qu'un seul État dans lequel les autres étaient venus se fondre successivement.

Il s'était fait en même temps une révolution religieuse. Les Anglo-Saxons étaient païens quand ils conquirent l'île de Bretagne; ils apportaient du Nord le culte d'Odin. L'Église bretonne fut enveloppée dans la catastrophe de la nation, et un paganisme grossier reprit possession de l'île de Bretagne. Mais vers le VIe siècle la papauté tourna ses regards de ce côté. Des missionnaires envoyés de Rome trouvèrent accueil auprès d'un roi qui avait épousé une princesse de la famille qui régnait en France. Les Anglo-Saxons furent convertis à la foi chrétienne. L'île de Bretagne ne tarda pas à se couvrir de monastères qui devinrent des foyers d'instruction; et dans ce pays peu pénétré par la civilisation romaine, redevenu ensuite complétement barbare, les études fleurirent au point que l'île de Bretagne devint au VIIIe siècle un foyer littéraire presque aussi actif que l'Italie.

Il était dans la destinée des envahisseurs d'être à leur tour envahis par un autre peuple de la même famille, mais parti de régions plus septentrionales. L'habitude de la piraterie qui avait amené les Anglo-Saxons dans l'île de Bretagne y amena plus tard les Danois. Alfred le Grand fit contre ceux-ci ce qu'Arthur avait fait contre les Anglo-Saxons : par des efforts héroïques, il releva un moment la cause anglo-saxonne. Mais après sa mort elle perdit chaque jour du terrain ; les Danois

Digitized by Google

parvinrent à se faire place, et même une si grande place qu'ils portèrent au trône de l'île un roi de leur nation. Après sa mort ce roi fut remplacé par un prince anglo-saxon; puis on voit la dynastie danoise remonter au trône, et Canut a un règne brillant; ensuite la dynastie anglo-saxonne est de nouveau restaurée. Des nuages épais enveloppent les progrès de l'établissement danois, son caractère, ses suites. Ce qui dut adoucir les rapports et faciliter le mélange de la population anglo-saxonne et de la population danoise, c'est qu'elles étaient de même race, parties des mêmes régions, et devaient avoir des coutumes à peu près semblables. Ajoutez que les Danois furent aussi gagnés à la foi chrétienne; l'influence de l'Église s'interposa heureusement entre les uns et les autres pour les rapprocher.

Un dernier prince de la dynastie anglo-saxonne restaurée, Édouard, meurt au XIe siècle sans héritier direct. Un de ses parents, Harold, se fait alors proclamer roi comme l'élu de la nation; mais la couronne est revendiquée par Guillaume, duc de Normandie.

De l'autre côté du détroit, en France, d'autres pirates étaient parvenus à s'établir. Venus d'une région encore plus septentrionale que les Danois, les *Normands* avaient arraché à la dynastie carlovingienne dans son déclin une province qui refleurit promptement sous leur domination. Des rapports facilités par une communauté de race s'établirent entre la Normandie et l'Angleterre. Édouard, dans sa jeunesse, avait cherché un refuge en Normandie; Guillaume était venu plus tard lui rendre visite en Bretagne; Guillaume prétendit qu'Édouard l'avait alors nommé son successeur et qu'Harold lui-même avait reconnu ses droits. Le meilleur titre du bâtard c'était son épée: la bataille d'Hastings le rendit maître du pays.

II.

Lois anglo-saxonnes. — Ce qui frappe tout d'abord quand on jette les yeux sur ces lois, c'est la langue dans laquelle elles sont écrites. Tandis que toutes les autres lois barbares sont rédigées en latin, celles-ci le sont dans l'idiome tudesque des Anglo-Saxons. Un intérêt philologique s'ajoute ainsi à celui qu'a leur étude pour l'histoire du droit: l'Angleterre y trouve les origines de sa langue. Mais l'anglais s'est tellement transformé que ces vieux textes ne seraient intelli-

Digitized by Google

gibles que pour un bien petit nombre si des traductions ne les avaient rendues accessibles au commun des lecteurs.

Une première publication en fut faite à Londres en 1568 par W. Lambard. Elle offrait un texte à peine anglo-saxon qui ne se retrouve dans aucun manuscrit; texte remanié vraisemblablement par l'éditeur. Une publication moins défectueuse fut faite, en 1644, par le docteur Weloch. Une nouvelle édition, donnée en 1721 par Wilkins, fit oublier ces premiers essais [1]; c'est là désormais qu'on alla chercher la connaissance des lois anglo-saxonnes. Mais cette édition, si supérieure qu'elle fût aux autres, ne pouvait encore les faire connaître qu'imparfaitement : la traduction latine de sa composition que Wilkins avait mise à côté du texte original était très-fautive. — C'est ce qui de nos jours inspira à un savant allemand, M. Schmid, la pensée d'une nouvelle publication. Il l'avait commencée [2] quand l'annonce d'un grand travail qui allait se faire en Angleterre l'engagea à la suspendre. — Le parlement avait émis le vœu que les monuments des origines anglaises fussent publiés sous les auspices du gouvernement d'une manière digne d'une grande nation. Nous devons à cette initiative qui honore le parlement plusieurs publications importantes pour l'histoire du droit, et notamment une savante édition des lois anglo-saxonnes données par M. Thorpe [3]. Elle présente à côté du texte original une traduction faite par lui en langue anglaise, et en appendice une ancienne traduction latine dont on ne connaît pas bien l'origine. — La publication de M. Thorpe n'a pas détourné M. Schmid de reprendre l'œuvre qu'il avait entreprise. Au lieu de continuer l'édition qu'il avait commencée, il a refondu ce premier volume dans une édition complète des lois anglo-saxonnes faite d'après un nouveau plan [4]. M. Schmid a donné avec le texte anglo-saxon la vieille traduction latine dont il vient d'être parlé et une nouvelle traduction en langue allemande qui lui est due. Le tout est accompagné d'un glossaire fort étendu, où se montre une science profonde du droit anglo-saxon. Cette publication dépasse celle de M. Thorpe de

[1] La traduction latine donnée par Wilkins fut reproduite par Canciani, t. IV.

[2] Schmid, *Die Gesetze der Angel-Sachsen*. Leips., 1832, 8.

[3] *Ancient laws and institutes of England*. Lond., 1840, f°.

[4] *Die Gesetz e der Angel-Sachsen*. Leips., 1858, 8°.

Digitized by Google

toute la supériorité qu'a la science allemande sur la science anglaise : c'est un des meilleurs ouvrages qui aient été composés sur les lois barbares. — Nous avons donc, pour arriver à l'intelligence exacte des lois anglo-saxonnes, le secours de quatre traductions qu'il est utile de rapprocher : deux traductions latines, l'une d'un vieil auteur inconnu, l'autre de Wilkins; la traduction anglaise de M. Thorpe, et la traduction allemande de M. Schmid.

III.

Entrons dans l'examen des lois qui ont été mises ainsi en lumière.

Elles nous présentent une vive peinture des coutumes germaniques. Ces coutumes n'y sont point altérées par une influence qui se montre dans presque toutes les autres lois barbares : je veux parler de l'influence du droit romain. On peut croire qu'il n'avait pas pénétré profondément dans l'île de Bretagne au temps de l'Empire. D'ailleurs les Bretons n'avaient plus de condition civile reconnue et garantie, plus de droit qui leur fût propre et qui pût par le voisinage exercer quelque action sur celui des vainqueurs. La seule influence étrangère qui s'aperçoit est celle de l'Église. Les Anglo-Saxons furent convertis au christianisme par des missionnaires venus de Rome vers la fin du VIe siècle. Nous n'avons point de lois qui soient antérieures. L'Église obtint vite une grande position: Ses évêques, ses abbés siégèrent dans les assemblées des sages du pays (*Witenagemote*) où les lois se délibéraient. L'Église tâcha d'humaniser les vieilles mœurs; mais il lui fallut user de ménagement et tolérer beaucoup de choses qui lui répugnaient.

La série des lois anglo-saxonnes remonte jusqu'au temps de l'heptarchie. Mais nous n'avons que des lois du royaume de Kent, publiées au VIIe siècle par Éthelbert, Clothaire, Cedric et Witred, et quelques lois publiées par Ine pour le royaume de Wessex au commencement du VIIIe. C'est là que les coutumes anglo-saxonnes se montrent dans leur plus grande rudesse. L'action de l'Église est encore peu sensible. — Viennent ensuite les lois de la grande monarchie saxonne. Elles commencent par la législation d'Alfred si bien nommé Alfred le Grand. La plus grande partie de son règne se consuma dans des combats contre les Danois. Quand luirent des jours plus

Digitized by Google

calmes, il les employa à s'instruire et à faire d'utiles réformes. La législation d'Alfred forme un Code qui s'ouvre par des emprunts faits aux livres saints : Alfred en tire une série de préceptes moraux et religieux. Puis Alfred promulgue ses propres lois qui confirment sur certains points la législation antérieure et la réforment sous d'autres [1].

Au Code d'Alfred font suite des lois publiées par ses successeurs : Édouard, Ethelstan, Edmond, Edwin, Ethelred ; lois provoquées par les circonstances, délibérées avec les sages, c'est-à-dire les prélats et les hauts personnages du pays. Les matières ecclésiastiques et séculières y sont souvent mêlées; quelquefois la loi se compose de deux parties, la première consacrée aux matières ecclésiastiques, la seconde aux matières séculières.

Alfred avait vaincu les Danois, mais il ne les avait point expulsés. Ils continuaient d'occuper des parties du territoire dont ils étaient restés maîtres, et y vivaient sous des rois nationaux, selon leurs coutumes propres. On trouve, parmi les lois de cette époque, quelques traités faits entre les rois saxons et danois pour régler les relations internationales [2].

Ces traités n'étaient que des trêves; les Danois devinrent assez forts pour imposer leur roi à l'Angleterre. L'époque danoise est représentée par la législation de Canut. C'est un Code distribué, d'après un procédé que j'ai déjà signalé, en deux parties : la première ecclésiastique, la seconde séculière. Ce Code fut destiné à régir les deux peuples réunis sous l'autorité d'un même prince. Ce qui facilita l'établissement de ce droit commun, c'est que Danois et Anglo-Saxons étaient des peuples de même famille, venus presque des mêmes parages : leurs coutumes devaient avoir un fond semblable et différer seulement sur des points secondaires.

Une restauration saxonne eut lieu; mais pour peu de temps. Nous possédons un long recueil d'articles qui, à s'en tenir à leur titre, seraient des lois d'Édouard le Confesseur, dernier roi national de l'Angleterre. On va voir que ce titre est trompeur.

[1] La promulgation est ainsi conçue : « Ego tunc Æluredus rex hæc collegi simul et scribi præcepi; multa quæ predecessores nostri tenuerunt et mihi placuerunt reservavi, et multa quæ displicuerunt abjeci consilio sapientum meorum et aliter observari præcepi.

[2] V. Turner, II, 327.

Digitized by Google

Quand Guillaume descendit en Angleterre à la tête de ses barons en armes, il ne se présenta point comme un conquérant, qui n'invoque d'autre droit que la force. Il se disait l'héritier légitime d'Édouard qui l'avait appelé à lui succéder. Son règne devait donc continuer les règnes antérieurs; aussi annonça-t-il qu'il ne serait rien changé au droit du pays. Il s'en faut bien que cette promesse ait été remplie fidèlement; mais elle est bien attestée par l'histoire. Guillaume fit plus, il publia une loi destinée à garantir particulièrement le maintien de certains usages et à servir de charte à l'Angleterre.

Deux textes se présentent comme cette loi de Guillaume. Ils ne diffèrent que par la langue dans laquelle la loi est rédigée, langue française dans l'un, langue latine dans l'autre[1]. Il semble donc que nous avons là un original et une traduction. Quel texte est la traduction de l'autre? Cette question de peu d'importance au point de vue de l'histoire du droit en a beaucoup à un point de vue philologique. On a cru communément à l'authenticité du texte français des lois de Guillaume, et l'on y a vu un des plus anciens monuments de notre langue, une révélation précieuse du degré de formation auquel elle était arrivée à la fin du XIe siècle. Cette idée a trouvé en Angleterre et en Allemagne de savants contradicteurs. Ils ont montré que le français ne devint que bien plus tard la langue officielle de l'Angleterre[2].

A côté de cette loi de Guillaume on trouve un recueil d'articles intitulé *Lois d'Édouard*, auquel j'ai fait tout à l'heure allusion. Il est précédé d'un prologue où on lit que Guillaume, après sa conquête, réunit une assemblée du pays pour lui faire connaître le droit qu'il avait promis de maintenir. Les articles qui viennent ensuite sont présentés comme ayant été arrêtés par cette assemblée. Le titre de *Lois d'Édouard* ne signifierait autre chose qu'un droit observé en Angleterre sous le règne de ce prince, c'est-à-dire au temps le plus voisin de la conquête. Mais le caractère apocryphe de cette œuvre se

[1] Voici le commencement du texte français : « Ces sunt les leis et les « custumes que li reis Will. granted al pople de Engleterre après le con- « quest de la terre; ice les maimes que li rois Edward, sein cusin, tint « devant lui. »

[2] Palgrave, *The rise and progress of the English commonwealth*, I, p. 55 et 120. — Schmid, intr., p. 59.

Digitized by Google

trahit dans un passage où il est parlé au passé de Guillaume le Roux, fils et successeur du conquérant. Il faut donc reconnaître que ces lois d'Édouard sont une composition de l'époque normande, postérieure même par sa date à Guillaume le Roux; à moins qu'on ne regarde le passage que j'ai relevé comme une interpolation : or rien n'appuie cette idée.

Voilà les monuments de la législation anglo-saxonne. M. Thorpe et M. Schmid ont enrichi leurs éditions de documents d'une autre nature qui ajoutent quelques lumières à celles qu'elle fournit. — Il ne restait plus qu'à mettre au jour les chartes anglaises du temps; c'est ce qui a été fait par M. Kemble[1]. L. DE VALROGER.

(*La suite à une autre livraison.*)

BIBLIOGRAPHIE.

DICTIONNAIRE UNIVERSEL DE DROIT MARITIME.

Par Aldrick CAUMONT, avocat au Havre[2].

Compte rendu par M. E. GENEVOIS, avocat à Nantes.

On répète sans cesse que le droit maritime est inconnu. Rien n'est plus vrai et rien n'est moins étonnant. Les causes de cette ignorance sont multiples et faciles à expliquer. Personne ne peut contester l'insuffisance du livre II du Code de commerce. Il était, d'ailleurs, impossible aux rédacteurs de 1807 de faire sur cette matière quelque chose de complet : ils manquaient de documents et ne pouvaient prévoir l'avenir. Il n'en est pas du droit commercial comme du droit civil qui repose sur des principes immuables et qui ne s'appliquent qu'à une série de faits nécessairement restreints. Les contrats civils se sont produits

[1] *Codex diplomaticus xvi Saxonici.* Lond., 1839-1848; 6 vol. in-8°.

[2] Paris, Aug. Durand, rue Cujas, 7; Marescq, rue Soufflot, 17; Guillaumin, rue Richelieu, 19. Bruxelles, Bruylant-Christophe et Cie, rue Blaës, 31.

Digitized by Google

avec le même caractère général dans toutes les législations et ont pu être appréciés par les législateurs de tous les temps; si bien que les rédacteurs du Code civil avaient pour les guider l'expérience d'une longue série de siècles, des traditions éprouvées par tous les peuples civilisés et commentées par les jurisconsultes de tous les temps. Les matériaux étaient donc abondants, trop abondants peut-être, et le législateur moderne s'emparant du droit romain, des coutumes et des innovations révolutionnaires en même temps que des arrêts des parlements et travaux des illustres jurisconsultes du XVIe et du XVIIe siècle, n'eut qu'à faire un choix dans l'œuvre de ses devanciers, qu'à s'approprier et à classer. Il fit l'ordre au milieu du chaos, la lumière au milieu de l'obscurité, et, des débris toujours intacts des législations antérieures, il fit un monument admirable à l'abri des injures du temps, parce que le juste et le vrai ne changent pas et que les transactions civiles tournant dans un cercle qu'elles ne franchissent jamais, le droit peut toujours s'appliquer au fait.

Il en est autrement pour le commerce. Il change de nature à chaque instant; il échappe aux prévisions absolues; il abandonne volontiers les anciens errements, et, si pour le droit commercial comme pour le droit civil, le vrai et le juste sont immuables, il n'en est pas moins certain que les faits se modifiant perpétuellement, il arrive un moment où l'on remarque qu'ils ont avancé quand la législation est restée stationnaire; que les événements juridiques, les contrats nouveaux ne peuvent plus s'adapter dans une règle invariable, que le droit ne peut plus s'appliquer au fait.

Si cela est certain pour le droit commercial en général, cela est surtout vrai pour le droit maritime. De tout temps, ses codes n'ont été qu'une compilation d'usages. Les usages se modifient avec la civilisation; la loi n'en peut être que la consécration, et si ses bases doivent rester inébranlables, comme tout ce qui est juste et vrai, au moins est-elle éminemment perfectible dans son application.

Or l'application n'est pas l'œuvre du législateur, c'est l'œuvre du jurisconsulte; et si l'on compare le commerce actuel avec celui qui se faisait en 1681 et même en 1807, on se convaincra facilement que les œuvres les plus parfaites de ces époques, toujours utiles pour étudier les origines de la loi, sont d'un se-

Digitized by Google

cours insuffisant pour résoudre des situations juridiques enfantées par les progrès immenses et incessants du commerce. Les rédacteurs du Code de commerce durent donc se borner à consacrer les usages de leur époque, en laissant une large place à l'interprétation, et c'est cette interprétation d'une loi si insuffisante qu'on s'occupe de la réformer, qui fait toute la difficulté du droit maritime.

Il ne peut être donné à tout jurisconsulte de connaître et d'interpréter cette loi. D'abord la matière est immense et les plus courageux reculent devant une pareille entreprise; ensuite, il faut des connaissances et des aptitudes spéciales. Ici la théorie abstraite, la doctrine de l'école ne sont rien. Les commerçants qui pratiquent instinctivement la loi, guidés par leur intérêt, en ont fait un commentaire sûr, accepté par tous, quoiqu'il ne soit écrit nulle part, qu'ils comprennent avec une facilité merveilleuse; mais qui présente au légiste qui n'est pas habitué aux affaires commerciales, des difficultés insurmontables, même quand il veut les résoudre le Code à la main. C'est un voyageur visitant une contrée accompagné d'un guide qui ne lui montre que les grandes routes en lui cachant les sites les plus curieux. On ne se doute pas de ce qu'est l'expédition d'un navire marchand quand on ne l'a pas suivie depuis le jour où l'on a posé la quille sur le chantier jusqu'à celui où il revient après avoir accompli son voyage. On ne se doute pas des intérêts divers qui sont en jeu dans une pareille entreprise, du nombre de personnes qui sont en mouvement, du nombre des contrats qui se forment, des dispositions légales qui s'appliquent, des questions difficiles qui peuvent naître. L'armateur, les intéressés, le constructeur, les fournisseurs, le capitaine, les matelots, la douane, l'administration de la marine, le courtier, le chargeur, l'affréteur, les assureurs; voilà tout un monde qui concourt nécessairement à une expédition maritime, voilà des personnes dont les intérêts sont divers, souvent opposés. Des circonstances de temps et de lieux feront intervenir de nouveaux personnages, susciteront de nouveaux intérêts, donneront naissance à de nouveaux contrats. Ici il faudra un remorqueur, là un pilote, ailleurs, il sera nécessaire d'entrer dans des bassins ou d'alléger. Enfin, le navire sera exposé aux risques de la navigation. Il y aura des abordages, des avaries, un naufrage peut-être. Alors se

Digitized by Google

présenteront le consignataire, le conseil, les prêteurs à la grosse. Et il faudra régler la position juridique de chaque personne ayant concouru à l'expédition; et il faudra qu'aucun intérêt ne soit froissé ; et il aura fallu prévoir ce qu'il est humainement impossible de prévoir: les effets de la fureur des vents, de l'inconstance des flots et de la mauvaise foi des hommes. Tout cela n'est qu'une suite immédiate et directe de l'expédition; mais on n'arme pas un navire pour lui faire accomplir une promenade en mer. Quand on ne l'affrète pas, il faut le remplir d'une cargaison. Alors de nouveaux personnages, de nouveaux intérêts et de nouveaux contrats surgissent. On vend, on achète, on met en gage, on signe des effets de commerce, on se trouve engagé dans des faillites. Alors, le banquier, le porteur de traites, le commissionnaire viennent augmenter le nombre des coopérateurs à l'expédition et le nombre des difficultés. Voilà donc qu'après avoir appliqué tout le droit maritime, nous devons parcourir le Code de commerce dans son entier et faire des incursions sur le domaine du droit civil.

Celui qui s'engage ou qui engage ses capitaux dans une pareille aventure doit donc *à priori* prévoir quelles seront les conséquences juridiques de son action. Car il ne faut pas croire que l'armateur soit un souverain absolu, maître d'indiquer à chacun sa place. Non; une expédition maritime est une réunion d'intérêts distincts, souvent opposés. Tous ceux qui y prennent part ont des devoirs à remplir, mais aussi des droits à exercer. Ils doivent donc parfaitement connaître tout le mécanisme de l'opération pour être à même de réclamer ce qui leur est dû et de repousser les demandes mal fondées. S'il y a intérêt réciproque, il y a surveillance mutuelle; de sorte que rien de ce qui touche aux intérêts de tous ne doit être ignoré de chacun. Tout s'enchaîne, tout s'harmonise, et chacun doit pouvoir ressouder la chaîne qui se brise, rétablir l'accord qui s'évanouit.

Nous n'exagérons donc point en disant que le droit n'offre pas de matière qui puisse donner lieu à autant de difficultés, parce qu'il n'y en a pas où se trouvent réunis tant de personnes, tant de situations, tant d'intérêts divers.

Le négociant expérimenté se joue de ces difficultés. Il les prévoit, il les résout tous les jours; c'est sa profession, c'est

Digitized by Google

son existence. Aussi nous ne pouvons nous empêcher de sourire quand nous entendons dire que les commerçants ne connaissent pas le droit commercial ; quand nous lisons qu'il faut scruter attentivement les règles posées dans un certain nombre de législations pour avoir une bonne judiciaire ; quand nous voyons de prétendus jurisconsultes essayer de commenter une loi dont ils n'ont jamais suivi l'application. La théorie pure est impuissante à dévoiler les mystères de cette législation qui n'a pris sa source que dans les usages, c'est-à-dire dans la pratique. La doctrine ne peut résulter que de la jurisprudence des tribunaux de commerce, fort peu répandue malgré les recueils spéciaux, et dédaignée de la science qui n'a pas pu encore aborder d'une manière satisfaisante les questions de droit maritime, parce qu'elle ne veut point s'inspirer aux véritables sources. En pareille matière, l'étude comparée des législations disparues est inefficace. Le droit romain, le droit du moyen âge, l'ancienne jurisprudence elle-même nous seraient aussi utiles qu'une trirème pour aller en Chine. Il faut avoir le courage de la franchise; et malgré ce que cet aveu doit avoir de peu flatteur pour nos confrères, et pour nous-même, nous devons à la vérité de dire que, parmi ceux qui s'occupent de science juridique il n'y a que les avocats qui exercent près d'un tribunal chargé d'affaires maritimes qui soient en état de nous éclairer par leurs écrits sur cette partie du droit. Malheureusement, presque toujours, les travaux de leur profession les empêchent de répandre leurs lumières.

Voilà pourquoi il n'existe pas de bons traités de droit maritime; voilà pourquoi le *Dictionnaire universel de droit maritime* de M. Aldrick Caumont a une incontestable supériorité sur tout ce qui a été écrit dans ce genre jusqu'à ce jour.

Avocat très-distingué du barreau du Havre, dans la ville où les transactions commerciales sont les plus actives, sinon les plus nombreuses, M. Caumont a suivi toutes les luttes judiciaires que peut susciter le commerce le plus étendu, et il y a souvent pris sa part. Il a pu ainsi étudier le droit sur les faits, compléter ses études théoriques par une pratique constante et éclairée, faire l'application de la science, ce qui est donné à bien peu d'entre nous. M. Caumont n'est cependant point un spécialiste. Nos lecteurs savent bien qu'il a abordé les questions juridiques les plus opposées par leur nature et qu'il les

Digitized by Google

a traitées avec succès ; mais il a une prédilection visible pour le droit maritime. Il aime la mer, non comme le poëte pour son calme ou ses fureurs, pour son étendue ou ses rivages; il l'aime pour les avantages commerciaux et pacifiques que les hommes peuvent en retirer. « Qu'on ne s'y trompe pas, dit-il, « la véritable culture de l'Océan consiste moins à tirer de ses « abîmes des poissons, des coquillages et des plantes, qu'à « labourer toutes les mers avec des navires qui exportent et « importent les produits échangeables des nations. On ne « saurait trop faire pour appeler les capitaux sur le domaine « commun de la mer... » La culture de l'Océan!... cette image plaît à l'auteur de tant de traités sur le droit maritime; il la reproduit souvent. Ailleurs, il considère la mer comme trait-d'union entre les peuples, comme véhicule de la civilisation. Mais M. Caumont n'est pas seulement philosophe, il est surtout jurisconsulte; aussi quand il s'occupe des matelots, des laboureurs des flots, comme il pourrait les appeler dans son style imagé, il s'attache surtout à établir les droits que leur donne notre législation commerciale. Malheureusement, une fois que l'on a touché à un point quelconque de cette législation, il faut la parcourir tout entière. Quand un ouvrier imprudent laisse prendre sa main aux engrenages d'une machine en mouvement, le corps est broyé. Quand le jurisconsulte veut soulever sérieusement une question de droit maritime, il faut qu'il aille jusqu'au bout. C'est ce qui a dû arriver à notre auteur, et, dès le début de ses travaux, il aura vu que les documents nécessaires à l'étude de cette partie de la science manquaient absolument; que dès l'instant où l'on voulait sortir des généralités pour arriver aux applications quotidiennes, on ne trouvait rien chez les écrivains les plus autorisés. Alors, il a voulu remplir une lacune, c'est-à-dire combler un abîme, faire un traité complet et commode du droit maritime, et il a écrit, en 1855, la première édition de son *Dictionnaire*. La lacune fut remplie, et l'édition promptement épuisée; mais l'abîme ne fut pas comblé. Il s'agrandissait, au contraire, à chaque instant. Dans ces temps où le commerce marche à la vapeur, au milieu de la révolution commerciale qui s'accomplit, dix années suffisent pour métamorphoser la doctrine et la jurisprudence commerciales. Les affaires se sont multipliées, de nouvelles lois les ont régies, de nouveaux documents ont paru;

Digitized by Google

si bien que M. Caumont a pu voir que son œuvre allait être impuissante à suivre la jurisprudence commerciale dans son puissant essor. Il s'est donc mis courageusement à l'œuvre. Les peines n'effrayent point cet apôtre du travail ; — sa devise n'est-elle pas « *Labor omnia vincit?* — et, il lui a été enfin « permis d'accomplir de nouveau le grand devoir d'être utile « aux populations maritimes, en leur offrant une édition en- « tièrement refondue et considérablement augmentée du *Dic- « tionnaire de droit maritime.* » Nous pouvons dire que, pour cette fois, l'œuvre est si complète que, malgré toutes les évolutions de la loi et de la jurisprudence, il se passera de longs jours avant qu'elle manque à remplir le but que s'est proposé son auteur.

Parlons d'abord de la forme qui est loin d'être ici indifférente. La méthode employée dans la rédaction des *Codes annotés* de Sirey a le désavantage, surtout en droit maritime, de ne pas permettre de classer, sous chaque article du Code de commerce, une quantité très-considérable de décisions qui n'ont aucun rapport avec le Code, inspirées qu'elles sont par l'usage, l'équité ou une loi spéciale. M. Caumont a adopté la forme du dictionnaire, et dans QUARANTE-HUIT traités, édités dans l'ordre alphabétique, il a embrassé toutes les matières du droit maritime, depuis l'*abandon* jusqu'aux *warrants*. Pour « faciliter les recherches, il y a, en tête de chaque traité, un « vaste sommaire alphabétique et raisonné, véritable tableau « synoptique de la matière. Chaque table spéciale permet « d'embrasser d'un seul coup d'œil l'ensemble de chaque traité. « En outre, il existe à la fin de l'ouvrage une table générale « qui retourne les matières sous toutes les faces. Rédigées « avec la plus grande précision, ces tables rendent les re- « cherches d'autant plus promptes et plus faciles qu'elles ren- « voient à une série numérique enchaînant tout l'ouvrage. » M. Caumont compare, avec autant d'esprit que d'à-propos, les tables d'un livre aux escaliers d'une maison. « Une con- « struction scientifique, dit-il, fût-elle la plus belle de toutes, « peut-elle atteindre à son utilité pratique, si elle n'est instan- « tanément pénétrée, dans toutes ses parties, par des indications « rigoureusement certaines, qui fixent promptement le lec- « teur?... » La nouvelle construction scientifique de M. Caumont (c'est bien un quartier tout entier) est commodément

Digitized by Google

distribuée. Ni les escaliers ni les ouvertures n'y manquent, l'air et la lumière y circulent avec facilité, l'ordonnance en est parfaite. Passons à l'ameublement.

Dans chacun de ses traités, l'auteur commence par définir exactement la matière qu'il veut examiner; il déduit ensuite les conséquences immédiates de sa définition, pose ainsi à larges traits les principes généraux, puis, cela fait, il se trouve au milieu de toutes les solutions de jurisprudence et de doctrine qui se dressent en même temps autour de lui. Alors il groupe ensemble toutes celles qui offrent de l'analogie entre elles par leurs principes et leurs conséquences, et les discute l'une après l'autre en indiquant les autorités qui les ont résolues. C'est ici que M. Caumont a accompli, sans peur, une tâche devant laquelle on eût pu reculer sans reproche. Il passe en revue les auteurs qu'il n'a guère occasion de citer que dans les définitions et leurs conséquences les plus générales, puis il recherche et annote avec soin les arrêts de la Cour de cassation et ceux des Cours impériales. Mais les matériaux les plus abondants ont été fournis à notre auteur par les jugements des tribunaux de commerce. Ils forment la source la plus féconde du droit maritime, et il ne saurait en être autrement. Les décisions de première instance qui sont soumises à l'appel sont relativement peu nombreuses. D'abord, dans de très-nombreuses circonstances, les questions les plus intéressantes au point de vue du droit se présentent dans des affaires qui ne comportent que le premier degré de juridiction. Ensuite les négociants ne sont pas très-processifs. Ils redoutent autant les pertes de temps que les pertes d'argent; et les lenteurs et les frais de la procédure d'appel en arrêtent plus d'un qui est peu satisfait de la sentence des premiers juges. Bien souvent, enfin, aucune irritation personnelle n'existant entre les parties en désaccord, le tribunal de commerce est regardé par elles comme le meilleur des arbitres. Si bien qu'on peut affirmer qu'en moyenne il n'y a pas le tiers des jugements susceptibles d'appel qui soient portés devant la Cour impériale.

On comprend donc quelle est la richesse de cette mine qui, avant M. Caumont, n'avait été explorée par personne. Les grands recueils de jurisprudence, comme les auteurs, ont jusqu'à présent complétement négligé les décisions en première instance; c'est ce qui explique comment, en droit maritime,

Digitized by Google

les ouvrages peu nombreux que nous possédons offrent tant de lacunes et comment le *Dictionnaire* de M. Caumont est aussi opulent que les autres sont pauvres. Pour apprécier cette richesse il ne faut pas considérer seulement le nombre des documents, il faut peser leur valeur incontestable en cette matière. Notre auteur a, du reste, été merveilleusement servi par les recueils spéciaux qui se publient à Anvers, à Bordeaux, au Havre, à Marseille, à Nantes et même à Paris qui est en quelque sorte aussi une ville maritime. Il a disséqué les travaux de ses confrères et très-habilement coordonné toutes les décisions qui dans une revue n'ont qu'un ordre de fantaisie. Il a ainsi réuni dans un seul volume les matières contenues dans plus de deux cents.

Si M. Caumont s'en était tenu là, malgré la grande valeur de son livre, il n'aurait fait qu'une compilation; mais cela ne lui suffisait pas; il a voulu apprécier presque toutes les décisions recueillies. L'auteur a imprimé ainsi un cachet d'originalité à une œuvre qui, sans cela, n'aurait eu que le mérite, grand et rare assurément, de la nouveauté. Ces commentaires sont surtout utiles dans les espèces à propos desquelles il y a divergence entre les tribunaux. C'est alors que l'autorité du jurisconsulte est précieuse. Elle peut souvent faire pencher la balance d'un côté, et les opinions de M. Caumont, quoique nous ne les adoptions pas toutes sans quelques réserves, sont du nombre de celles qui ont du poids. Assurément si l'encombrement des sources de notre législation devenait tel qu'un nouveau Théodose fût obligé de promulguer une nouvelle loi des citations en droit maritime, le nom de M. Caumont aurait droit d'y figurer au premier rang.

Enfin, M. Caumont n'a pas voulu faire mentir le titre d'*universel* donné par lui à son *Dictionnaire*. A cet effet, il compare les législations étrangères avec la nôtre. C'est du luxe; mais un luxe qui ne déplaira pas à ceux qui ont besoin de connaître les règlements faits en pays étrangers, ou qui aiment à se livrer à des études comparatives.

Telle est cette œuvre. Devons-nous parler du style? Le style d'un dictionnaire! Les deux mots ne sont-ils pas contradictoires? Y a-t-il à rechercher les qualités de l'écrivain dans un sujet qui n'en veut d'autre que la concision?—Il faut pourtant bien dire tout ce que nous pensons sur le livre et sur l'auteur.

Digitized by Google

Ici encore, nous sommes amené à un éloge. On a reproché à M. Caumont une phraséologie flottante et nébuleuse et un style dithyrambique [1]. Nous avouons naïvement que, dans ses œuvres antérieures, il ne nous a pas toujours été donné de le suivre sur les hauteurs philosophiques qu'il aime à habiter. Cependant cette efflorescence d'imagination ne nous déplaît pas. Elle est un signe manifeste de bonne foi. Il est impossible que l'on affirme avec autant d'ampleur, disons le mot, avec autant d'exagération, ce que l'on ne croit pas. Toutefois cette manière de faire, ou plutôt de dire, ne convient pas partout et toujours, et il était à craindre que l'auteur du *Dictionnaire universel de droit maritime*, entraîné par l'ardeur de son imagination, n'oubliât trop souvent les réalités de la pratique pour se perdre dans les spéculations de la théorie. Mais nos craintes eussent été vaines. La nécessité de condenser dans quelques lignes les développements de chaque décision analysée a donné au style de M. Caumont une clarté et une précision que l'on ne rencontre pas dans ses précédents ouvrages. Ces qualités étaient imposées à l'auteur par la nature de son travail, nous le voulons bien, mais nous ne pouvons nous empêcher de lui en savoir d'autant plus de gré que nous aurions été disposé à lui pardonner bien des écarts de plume en raison de l'utilité de son livre.

Nous sommes donc amené à louer sans réserves. C'est qu'en effet tout est digne de louange dans cette œuvre; l'idée éminemment utile qui l'a inspirée, les travaux excessifs qu'elle a nécessités, et la manière irréprochable dont elle a été traitée.

Que le succès couronne donc un livre qui en est si digne; soyons heureux de l'applaudir et accueillons avec reconnaissance le premier ouvrage complet sur le droit maritime.

E. GENEVOIS.

[1] Rapport de M. le secrétaire perpétuel de l'Académie de législation sur *l'Étude sur la vie et les travaux de Grotius*, ouvrage de M. Caumont, couronné en 1862.

Digitized by Google

J. J. BUGNET,

professeur à la Faculté de droit de Paris.

NOTICE BIOGRAPHIQUE

Par M. B. da Costa Athias, avocat à la Cour impériale.

Vir bonus jurisque peritus.

Une des lumières de l'École de droit vient de s'éteindre; le corps enseignant a perdu un de ses membres les plus éminents! Qui pourra dire la grandeur de cette perte? Ceux-là seuls la comprendront bien qui ont connu M. Bugnet, qui ont suivi ses savantes leçons et pu découvrir les merveilleuses ressources de son esprit; ceux-là la comprendront mieux encore qui ont pénétré dans sa vie, qui, après avoir entendu le professeur, ont fréquenté l'homme privé, qui ont été à même d'apprécier toute la richesse de cette noble nature, et de surprendre les épanchements de ce cœur aimant. Aussi sa mort nous a-t-elle accablés! Nous étions si habitués à le voir parmi nous et depuis tant d'années donner sans défaillance un enseignement solide, sa vieillesse était si verte et si vigoureuse que nous ne voyions pas de limites à sa vie! La mort est venue tout à coup nous le ravir. Mais les grands hommes (je cite un de ses livres favoris) *in æternum per gloriam vivere intelliguntur*[1]. Ils passent tandis que leurs travaux demeurent; leçon éternelle et bienfaisante. Les travaux de M. Bugnet resteront; les esprits qu'il a formés en formeront d'autres, ainsi son œuvre se perpétuera; et au-dessus de toutes ses leçons planera, comme un enseignement supérieur et éminemment utile, sa vie, vie de labeur et de dévouement, hérissée à son début de difficultés bientôt vaincues par une rare énergie, puis enfin plus calme et plus facile, consacrée tout entière à la science et à son effusion.

La vieille société tombait; aux priviléges de la naissance succédait la prééminence du talent, quand naquit, comme un

[1] D., Just. Inst., I, 25, pr.

Digitized by Google

exemple à l'appui des théories nouvelles, Jean-Joseph Bugnet [1].

Son père, comme il se plaisait à le rappeler lui-même, était un simple paysan. Le temps n'était pas favorable à l'instruction, et l'eût-il été, le père de Bugnet n'eût pas pu lui en faire donner. Il le destina donc aux travaux des champs, et quand l'enfant eut atteint l'âge du travail, il devint berger. Ses premières années se partagèrent entre ces montagnes qui lui étaient si chères, et ce foyer paternel dont le souvenir l'attendrissait jusque dans les derniers temps de sa vie. Son esprit se développa au spectacle grandiose de la nature pendant que son cœur se formait sous la douce influence de la famille, qu'il nous peignait en termes si touchants au début de nos études juridiques. — Peut-être, pendant ces longues journées passées à garder les troupeaux, voyait-il déjà dans les champs autre chose que des mottes de terre, peut-être songeait-il à ces règles de la propriété qu'il devait expliquer plus tard, déjà peut-être dans le berger germait le jurisconsulte. Les intelligences faibles s'étiolent et dépérissent dans la solitude : il faut, pour y entretenir la vie, le choc et le mouvement d'autres intelligences; les esprits vigoureux au contraire se nourrissent d'eux-mêmes : tout leur est un sujet d'observation et d'étude; comme les arbres de haute tige, il semble que pour croître ils aient besoin d'être séparés, et que, loin de perdre à être privés du commerce des hommes, ils puisent dans de fréquents retours sur eux-mêmes, une puissance et une originalité qui leur sont propres. C'est ce qui arriva à notre berger. Bien jeune encore il se faisait remarquer par la finesse de ses observations et la rapidité sûre de son jugement. Le gentilhomme, sur les terres duquel il gardait les troupeaux, en fut frappé; il crut voir en lui un autre Sixte-Quint; et, ne voulant pas laisser oisives et stériles d'aussi précieuses qualités, il le plaça dans un séminaire.

Bugnet y fit ses humanités, puis ses études théologiques. Il les avait presque terminées, la carrière ecclésiastique s'ouvrait devant lui lorsqu'il s'aperçut qu'il n'était pas fait pour l'Église. Il n'hésita pas : habitué dès longtemps à n'obéir qu'aux impulsions de sa conscience, et à sacrifier l'intérêt au devoir, il s'arrêta dans cette voie où il aurait trouvé, avec une exis-

[1] M. Bugnet est né en 1793, à Leviers (Doubs).

Digitized by Google

tence assurée, les honneurs que son mérite semblait lui présager. Il quitta le séminaire, et, entraîné par sa véritable vocation qu'il avait découverte en étudiant les premiers principes du droit, il vint prendre place sur les bancs de l'École de Dijon.

Il se mit au travail avec ardeur. Déjà fortifié par les lettres, son esprit acquit dans l'étude du droit plus de fermeté et de pénétration. Il trouvait dans les décisions de la sagesse romaine, dans les écrits de nos anciens jurisconsultes, dans notre Code même, des charmes qui le ravissaient, et, travaillant ainsi avec amour et enthousiasme, il ne pouvait manquer de surgir au milieu de ses condisciples, comme il s'était déjà élevé au-dessus de sa propre position. — L'illustre Proudhon le remarqua; il vit en lui tous les éléments qui constituent l'excellent jurisconsulte, et conçut pour le jeune homme une de ces tendresses de maître qui tiennent quelque chose de l'amour paternel. Il l'encouragea, il l'aida. — Nous savons que le disciple n'a pas dégénéré, nous qui l'avons vu maître à son tour se vouer tout entier à ses élèves, leur donner, avec l'enseignement qui agrandit l'intelligence, ces touchantes marques d'affection qui épanouissent le cœur, et qui ajoutent à l'auréole du talent l'éclat si précieux de la bonté.

Au mois de décembre 1821 M. Bugnet était reçu docteur, et il quittait Dijon pour venir à Paris tenter les chances du concours d'agrégation. Qui n'en connaît les difficultés? Qui ne sait ce qu'il faut de travail, de vigueur et de souplesse d'esprit, de solidité et de pénétration pour réussir dans ces luttes où une science profonde même ne suffit pas, mais qui exigent encore une pensée forte et prompte, une parole aisée et convaincante? Et lorsque ces épreuves ont lieu à Paris, où les talents se pressent, où l'on a pour concurrents l'élite des autres Écoles, que de qualités ne faut-il pas réunir! M. Bugnet le comprit; il ne se fia pas à ses aptitudes naturelles : il savait trop bien, comme il nous le disait souvent dans son langage pittoresque, que l'esprit est un champ qu'il est nécessaire de cultiver, et que, fût-il excellent, il périt faute de soins. Aussi travaillait-il sans relâche. On le voyait tous les jours dans un cabinet de lecture de la rue Saint-Étienne des Grés [1]; il y arri-

[1] Le cabinet littéraire Avransard-Cordier, bien connu des étudiants de cette époque.

Digitized by Google

vait des premiers, il en sortait après tout le monde. Là il s'entourait de volumes dont il se faisait un rempart contre les distractions, et, pendant tout le jour, il restait courbé sur les livres, ne s'accordant pas même le temps nécessaire aux repas, et ne levant la tête qu'au moment où l'heure le chassait de sa laborieuse retraite. Rentré chez lui il reprenait le travail interrompu; je vais citer ses propres paroles : « Lorsque j'étudiais en droit, disait-il, ni minuit ni cinq heures du matin ne me trouvaient dans mon lit. » J'ai vu une preuve matérielle de ce labeur constant, le Code avec lequel M. Bugnet avait fait son droit. On était pénétré à la vue de ce petit livre rabougri; la couverture n'avait plus de couleur, les pages amincies par l'usage ne présentaient plus de blancs; les notes et les raies encombraient les marges et les interlignes. M. Bugnet le montrait avec attendrissement. Il avait raison : ce livre n'était pas seulement un recueil de lois, c'était l'histoire de sa jeunesse, avec ses veilles, ses luttes, ses privations, ses efforts incessants et son héroïque persévérance.

Un an s'écoula, et en 1823 le concours s'ouvrit. Dès les premières séances le public en devina l'issue, et, le jury ratifiant ses prévisions, M. Bugnet fut nommé professeur suppléant.

En 1826 la mort du savant M. Grappe, un Franc-Comtois lui aussi, laissait vacante la chaire de Code civil. Dans un nouveau concours M. Bugnet se signala encore par les rares qualités dont il avait fait preuve dans le premier, et, nommé professeur titulaire, il monta dans cette chaire qu'il devait occuper pendant quarante-trois ans d'une manière si glorieuse pour lui, si fructueuse pour ses auditeurs [1].

C'est là que nous l'avons vu; c'est là que nous l'avons connu. Quelle exposition claire et lumineuse! Quelle dialectique serrée! Quel talent de se faire comprendre des esprits même les plus rebelles! M. Bugnet expliquait tout, il donnait la raison

[1] C'est, on le voit, *par le concours* que M. Bugnet est arrivé à la chaire de Code civil. Il tenait beaucoup à cette origine, et il n'a jamais cessé d'être partisan du concours, non-seulement pour la nomination des agrégés, mais encore pour celle des professeurs. Je dois ce détail à l'exquise obligeance de l'éminent doyen de la Faculté de droit, qui, lui aussi, peut s'enorgueillir au même titre. J'ajouterai, à l'honneur de mon regretté maître, qu'en 1827 M. Pellat obtenait la place de suppléant avec le suffrage de M. Bugnet, l'un de ses juges.

Digitized by Google

de tout. Partisan de la méthode analytique, il commentait le Code dans son ordre. Il prenait chaque article, le lisait lentement, le *disséquait*, pour employer son expression originale, relevait chaque mot saillant, en faisait remarquer la portée, puis, pour enlever à la théorie ce qu'elle a d'un peu abstrait et spécialiser des formules générales, il faisait l'espèce vive, animée, attrayante, se mettant lui-même en cause, empruntant ses comparaisons aux actes les plus usuels de la vie, afin de frapper davantage ses auditeurs et d'en être plus facilement entendu. Enfin, pour donner de l'unité à son enseignement, il résumait au commencement de chaque leçon les matières traitées dans la précédente, d'une manière complète et lucide qui, en même temps qu'elle groupait et enchaînait les idées d'un même ordre, apprenait à l'étudiant à résumer lui-même et à saisir ce qu'il y avait d'essentiel dans ce qu'il étudiait.

Pourquoi en usait-il ainsi? Parce qu'il voyait quelque chose d'arbitraire dans les divisions que chacun fait à sa fantaisie et suivant la tournure de son esprit, parce qu'il croyait qu'il faut respecter la pensée du législateur, non-seulement quant au fond, mais encore quant à la forme qu'il lui a plu de lui donner, et qu'en distrayant un article du chapitre et de la section où il se trouve, on s'expose à en étendre ou à en restreindre la portée. Parfois ses explications avaient quelque chose d'étrange, d'un peu rustique même, et lorsqu'elles amenaient un sourire sur les lèvres de ses auditeurs : « Vous riez, disait-il, mais ne voyez-vous pas que je m'exprime ainsi à dessein; la manière dont je viens de parler vous a frappés, tant mieux, j'ai atteint mon but : la singularité de mes termes restera dans votre mémoire..., et la théorie aussi. » C'est ainsi qu'il se préoccupait peu de ce qu'on pouvait penser de lui, pourvu qu'il arrivât à jeter dans les esprits des règles qui n'en sortissent jamais.

Au commentaire de chaque article se mêle naturellement son histoire; car les lois ne se font pas en un jour : elles sont le produit du travail mystérieux du temps, de l'alluvion des siècles, si je puis m'exprimer ainsi, et telle disposition dont nous sommes fiers n'existerait pas si les Domat, les d'Aguesseau, les Pothier[1] n'eussent jamais écrit. Nos vieilles institu-

[1] Je rappellerai à ce propos la belle publication de M. Bugnet : *OEuvres de Pothier annotées et mises en corrélation avec le Code civil et la législa-*

Digitized by Google

tions, dépouillées de leur forme et appropriées aux besoins nouveaux, ont passé vivaces dans notre législation moderne; ici nous rencontrons un texte d'Ulpien ou de Papinien, là nous saluons une règle de Dumoulin ou une maxime d'Antoine Loysel, partout nous rencontrons des traces qui nous sont connues. M. Bugnet excellait dans ces examens rétrospectifs; à chaque chose il accordait sa valeur, blâmait tel changement qui lui paraissait inutile ou illogique, approuvait tel autre qu'il croyait nécessaire et bien fondé, mais jamais à la légère, et en donnant toujours les motifs de ses critiques.

Ce n'est pas à dire que, dans son enseignement, il cherchât à faire parade d'érudition; rien n'était plus éloigné de sa pensée, et s'il interrogeait les débris de notre ancien droit, ce n'était pas pour montrer ce qu'il savait, c'était pour en faire jaillir une lumière plus vive et plus pénétrante. Arrivait-il aux questions controversées, il ne se prononçait qu'avec une extrême circonspection : il exposait les principaux systèmes, les raisonnait rigoureusement, puis enfin donnait son opinion pour revenir ensuite sur les autres, et les combattre en ce qu'elles avaient de contraire à la sienne: et tout cela avec une bonne foi admirable, avec une force de logique irrésistible qui lui donnait presque toujours gain de cause dans l'esprit de ses auditeurs. Cependant il avait soin d'ajouter avec une touchante bonhomie : « Je vous ai dit mon opinion, mais je ne vous oblige pas à l'adopter, et je vous prie de ne vous arrêter qu'à celle qui vous semblera la plus plausible [1]. »

Ce qui distingue en général les systèmes de M. Bugnet, c'est un attachement respectueux mais nullement servile au texte, ou, à défaut de texte, à l'esprit de la loi. Chez lui pas de ces interprétations dangereuses qui, par des motifs louables, par des raisons d'utilité, s'écartent insensiblement de la règle et ont l'air de s'y conformer par des déplacements de principes;

tion actuelle. (Paris, 1845-1848, 10 vol. in-8.) Si je ne m'y arrête pas, c'est que tout le monde l'a entre les mains, et peut en apprécier la valeur. Je m'attache surtout à l'enseignement oral du maître.

[1] J'ajouterai que la dialectique pressante de M. Bugnet a souvent rallié à ses opinions quelques-uns de ses collègues et même des plus éminents. Qui ne se rappelle l'illustre Ducaurroy, avouant avec une franchise de véritable savant qu'il doit « *à la sagacité de M. Bugnet* » l'interprétation de la fameuse phrase des Institutes : *Sanè uno casu qui possidet nihilominùs actoris partes obtinet.* (Just. Inst., IV, 6, § 2 *in fine.*)

Digitized by Google

rien non plus d'étroit ni de judaïque dans ses commentaires Si un mot semble mener à des conséquences trop dures ou peu rationnelles, en lui prêtant un sens juridique, il admet facilement que le législateur sommeillait en l'écrivant, qu'il a momentanément oublié le style de Pothier, et il n'attribue pas à ce terme plus de portée qu'il n'en a dans le langage habituel. Conciliant sagement la théorie et la pratique, il ne sacrifie ni la loi aux intérêts ni les intérêts à la loi : il les admet en ce qu'ils ont de compatible avec elle ; mais, quelle que soit leur importance, il les sacrifie s'ils la blessent.

Je n'entends pas dire que M. Bugnet expliquât tous les systèmes, il s'en serait bien gardé : il craignait, comme Justinien, que la multiplicité et la variété des matières ne jetât du trouble dans l'intelligence des jeunes gens et ne les rebutât dans l'étude du droit, si elle ne les en éloignait[1]. Moins désireux d'enseigner beaucoup que d'enseigner bien, il s'attachait surtout aux principes généraux ; il y revenait sans cesse, il ne perdait pas une occasion de les rappeler, persuadé que le rôle du maître n'est pas de tout apprendre à ses élèves, mais de les habituer à s'assimiler ce qu'ils entendent.

Son langage n'avait rien de brillant ni d'apprêté, il était simple et naturel, et l'on retrouvait dans ses leçons l'animation, l'imprévu et l'abandon du dialogue : avantage précieux, méthode excellente qui, ne renfermant pas la pensée dans les bornes rigoureuses d'un discours, lui donne plus de vivacité et une plus grande liberté d'allure. Aussi quel empressement et quelle exactitude à suivre cet excellent maître! Trois fois par semaine, et malgré l'heure matinale[2], cinq cents étudiants se réunissaient autour de sa chaire, avides de recueillir cette parole aimée et de se fortifier au contact de cette mâle intelligence. Car M. Bugnet joignait au don précieux de se faire bien comprendre celui de communiquer à ses auditeurs cet amour du droit qui le possédait lui-même[3], et de pallier l'aridité

[1] « Si statim ab initio rudem adhùc et infirmum animum studiosi multitudine ac varietate rerum oneraverimus, duorum alterum : aut desertorem studiorum efficiemus, aut cum magno labore, sæpè etiam cum diffidentiâ, quæ plerùmque juvenes avertit, ad id perducemus ad quod, leviore viâ ductus, sinè magno labore et sinè ullâ diffidentiâ maturiùs perduci potuisset. »(D., Just. Inst., I, 1, § 2.)

[2] M. Bugnet montait en chaire à huit heures du matin.

[3] Cette prédilection pour les études juridiques se trahissait, même à son

Digitized by Google

des premiers principes par le charme de son exposition.

Maître dans toute l'acception du mot, il avait sur ses élèves une grande autorité morale; il critiquait les retardataires, reprenait publiquement les inattentifs ou les causeurs, et toujours il était écouté avec respect, toujours obéi avec promptitude. C'est que l'on savait que ses réprimandes partaient d'un cœur aimant, qu'elles étaient dictées par une affection sincère qui se souciait avant tout de l'intérêt des jeunes gens et de leur progrès. Et puis il y avait dans ses manières tant de franchise et de bonté, entre lui et son auditoire une union si intime, qu'on ne séparait jamais le professeur de l'ami.

Il ne fallait pas longtemps pour découvrir cette tendresse expansive. Si elle reparaissait dans toutes ses leçons, elle se déclarait au début de son enseignement d'une façon plus directe alors que, s'adressant aux nouveaux venus, il leur parlait de leurs devoirs en termes si touchants qu'ils se sentaient dès le premier moment attirés vers lui par un attrait irrésistible.

Avec quel élan, avec quel accent passionné il s'écriait, après ces premiers conseils, comme Justinien au début de ses Institutes : « *Summa itaque ope et alacri studio has leges... accipite*[1]. » Et alors il était comme transfiguré ; l'enthousiasme qui le dominait gagnait son auditoire, les intelligences s'ouvraient prête à recevoir la lumière et à l'accroître par le travail ; elles étaient déjà éprises de ce qu'elles ne connaissaient pas encore.

« Il me semble qu'on dit les choses encore plus finement qu'on ne peut les écrire[2]. » Cette judicieuse remarque de Labruyère expliquera pourquoi M. Bugnet n'a pas publié ses cours. La parole vivante perd de sa force à passer dans un livre : rien ne peut en remplacer l'accent, ni ce pli de la lèvre qui complète la pensée, ni ce regard qui la jette bien avant dans l'esprit, ni cet imprévu du discours qui saisit et qui captive l'attention. Espérons pourtant qu'aujourd'hui ses leçons verront la lumière, le feront revivre pour ceux qui l'ont entendu, con-

insu, dans ses expressions et leur donnait une physionomie toute particulière. Il nous disait, en nous parlant incidemment du Code de procédure civile : « Pénétrez-vous bien du premier livre, c'est un petit Code de procédure *en miniature*. »

[1] D., Just. Inst., *Proœm.*, § 7.

[2] Labruyère, *De la société et de la conversation.*

Digitized by Google

naître à ceux qui n'ont pas eu ce bonheur. D'ailleurs, pour les mémoires fidèles, si l'homme aimé n'est plus, le maître vit toujours, et nous ne pouvons lire les articles de loi qu'il nous expliquait naguère sans retrouver sa trace à chaque page. Il est là tout entier, avec sa sagacité et sa pénétration, dans une petite note, dans un signe de rapprochements, dans un mot, dans une ligne : *Mortuus adhuc loquitur!*

Nous nous rappelons M. Bugnet aux examens, avec sa verve et son esprit charmant, avec ses colères de jurisconsulte passionné, mais aussi avec cette paternelle bonté qui reparaissait toujours à la surface. Droit jusque dans les moindres détails, il croyait devoir avertir l'étudiant des petits piéges qu'il lui dressait. Un jour, c'était à un examen de première année, il demandait au candidat : « Monsieur, connaissez-vous l'article 2282 du Code civil? » Et comme il voyait le jeune homme inquiet, interroger en balbutiant des souvenirs forcément rebelles, il ajoutait avec une délicieuse bonhomie et un sourire qui dictait la réponse : « Remarquez, Monsieur, que c'est une question captieuse que je vous adresse. »

Mais le plus souvent ses interrogations nettes et lucides n'avaient rien d'embarrassant pour quiconque avait sérieusement étudié. Il ne s'armait pas de cette sévérité anticipée, de cette rigidité glaciale qui effraye tout d'abord et qui paralyse les esprits timides; au contraire, sa façon d'examiner avait je ne sais quoi de bienveillant qui donnait de l'assurance et dissipait bientôt l'émotion inséparable des épreuves orales.

Mais s'il s'apercevait que l'étudiant eût mal travaillé, qu'il eût été infidèle à l'École, à quelque cours qu'il appartînt, la bonté faisait place à la justice. Il se laissait aller à toute son indignation, il lui reprochait sa négligence en termes énergiques, faisait ressortir ce que ses réponses décelaient d'ignorance ou de naiveté, ne craignait pas même de le blesser dans son amour-propre, afin que l'examen fût pour lui, plutôt qu'un échec, une leçon profitable pour l'avenir.

Puis, se tournant vers l'assistance : « Voilà ce que c'est, Messieurs, on ne travaille pas assez, on ne *rêve* pas au droit, on s'imagine que la science vient en dormant! Mais non, quand on a fait son droit *par contumace*, on ne peut réussir à l'examen. »

D'autres fois c'étaient des remarques fines, des vues ingé-

Digitized by Google

nieuses, des mots piquants et spirituels qui délassaient l'esprit en le charmant. Toujours la recherche de la précision, l'horreur de tout ce qui sent le vague ou l'incertain. Quand les étudiants débutent, ils ne sont pas très-familiers avec les termes du droit, ils éprouvent de l'embarras à s'en servir, et ne rencontrent pas infailliblement le mot propre; de là une grande obscurité dans leur langage, de là cette habitude presque générale de remplacer par le mot *on* un sujet qu'ils ont peine à trouver. Quand un candidat recourait à cet expédient, M. Bugnet ne manquait jamais de lui dire : « Qui est ce *on?* Je ne connais pas ce personnage. »

Mais aussi quelles félicitations cordiales pour les bonnes réponses ! Quelle joie en voyant fructueuses ses leçons et celles de ses collègues ! C'est alors qu'il sortait de l'examen avec un visage heureux, de même qu'il en revenait soucieux et triste quand il les avait vues stériles.

Présenté à M. Bugnet par M. de Belleyme, l'illustre et regretté président du tribunal de la Seine, qui le tenait en haute estime, et ayant eu le bonheur de le voir souvent et familièrement, j'ai été à même d'apprécier ses qualités privées et de descendre dans le secret de sa vie. Ici encore je cède la plume au moraliste; le véritable mérite « est doux, familier, populaire. Il se laisse toucher et manier, il ne perd rien à être vu de près, plus on le connaît plus on l'admire [1]. » Qui plus que M. Bugnet gagna jamais à être connu ? Au premier abord il pouvait paraître austère et même un peu rude : il n'avait pas ces manières douces et engageantes qui attirent immédiatement les cœurs; mais quand on avait pénétré cette enveloppe, comme on revenait vite de la première impression! Quel charme! quel abandon! quelle sensibilité! quel empressement à obliger! Doué d'une noble franchise, il ne savait pas garder sa pensée; il n'avait pas non plus l'art de la dire en l'enveloppant de réticences et d'adoucissements, il exprimait les choses nettement comme il les sentait. Mais s'il s'apercevait qu'un mot trop vif eût pu blesser son interlocuteur, il se hâtait d'en réparer l'effet par un sourire d'une bienveillance indéfinissable, par une de ces tendres paroles qui vont au cœur.

Ai-je besoin de dire que c'était là une qualité précieuse, pré-

[1] Labruyère, *Du mérite personnel.*

Digitized by Google

cieuse surtout dans un maître? Si tous les hommes ont besoin d'entendre la vérité, n'est-elle pas surtout essentielle aux jeunes gens qui se flattent si aisément, qui sont si indulgents pour eux-mêmes, qui « savent tout » comme l'a finement observé Joubert [1], et ont d'autant plus besoin d'être redressés qu'ils le craignent davantage. Jamais ils n'ont trouvé dans M. Bugnet un complice de leurs défauts, et, lorsqu'il les recevait (car sa porte leur était toujours ouverte), il savait leur donner de ces fortes leçons de morale qui, partant d'une bouche autorisée, trouvent tant d'écho dans les âmes.

Le droit, cette science qu'il aimait d'un amour si vif et si constant, revenait sans cesse dans sa conversation ; il lui empruntait des comparaisons, des plaisanteries, des maximes ; il en montrait l'utilité non-seulement pour les carrières juridiques, mais encore pour beaucoup d'autres professions, même pour celle des lettres. Et alors, avec sa prodigieuse mémoire, rappelant des passages des auteurs anciens, il faisait observer que, faute de connaître le droit, tel traducteur, en ne s'attachant qu'aux mots et en raisonnant sans le secours du Digeste, n'avait pas rencontré le véritable sens.

Que de fois l'avons-nous vu dans ces réunions intimes, dont il était le charme, tirer de sa science bien-aimée des reparties spirituelles, des quiproquos ingénieux qui saisissaient par ce qu'ils avaient d'inattendu ! Un jour il nous demandait : « Qu'est-ce que la bonne foi? » Et pendant qu'on s'évertuait à en chercher la définition exacte, pendant qu'on interrogeait, pour lui répondre, les moralistes et les philosophes, il ajoutait avec un fin sourire : « La bonne foi? Mais c'est une erreur [2] ! »

Je veux peindre l'homme privé et je m'aperçois que je rencontre toujours le professeur. C'est que la pensée de M. Bugnet se complaisait dans l'objet constant de ses études, elle

[1] « Adressez-vous aux jeunes gens ; ils savent tout ! » (Joubert, *Pensées, essais et correspondance recueillis par M. Paul Raynal;* Paris, 1861, t. I, p. 215.)

[2] « Si quis a non domino *quem dominum esse crediderit, bonâ fide* fundum emerit, etc. » (D., Just. Inst., II, 1, § 35.)

« Jure civili constitutum fuerat ut qui *bonâ fide* ab eo qui dominus non erat, *quum crederet eum dominum esse,* rem emerit, etc. » (D., Just. Inst., II, 6, pr.)

Digitized by Google

ne s'en séparait qu'à regret, et il eût pu dire très-justement du droit : *In ipso vivimus et movemur et sumus* [1].

Hâtons-nous d'ajouter que cette passion n'avait rien d'exclusif. Si l'on peut faire un reproche aux hommes spéciaux c'est de perdre en étendue ce qu'ils gagnent en profondeur, c'est de s'attacher trop étroitement à la science dont ils sont épris et de n'avoir pour les autres connaissances que de l'indifférence, quelquefois même du dédain. Tel n'était pas M. Bugnet; il voulait tout connaître, tout approfondir. Les lettres surtout avaient pour lui un attrait irrésistible; il se délassait de ses graves travaux dans le commerce des anciens et des grands génies de notre langue : Cicéron, Virgile, Tacite, Bossuet, Fénelon, Pascal, trouvaient en lui un lecteur assidu et enthousiaste : ils charmaient ses loisirs et retrempaient son active intelligence.

Puis, descendant de ces régions sereines de la pensée, après avoir été l'homme d'étude, il redevenait l'homme de cœur, le père de famille, l'ami. Nous ne le voyions jamais sans émotion donner à son petit-fils assis sur ses genoux les leçons de sa vieille expérience, l'amuser par des historiettes où, en se faisant petit, son esprit acquérait de nouveaux charmes, lui raconter surtout, et avec quelle grâce! quelque fable du grand homme si souvent appelé le bonhomme [2].

Les joies et les peines de ses amis étaient ses joies et ses peines : il avait de ces serrements de main qui étreignent l'âme, de ces douces paroles qui pénètrent et qui consolent. Avec quel art de faire le bien il savait découvrir les glorieuses misères qui se cachent! Avec quelle délicatesse il les soulageait! Mais pourquoi rappeler sur sa tombe la seule chose qu'il prît soin de dissimuler? Il est des bienfaits qui ne doivent avoir pour témoins que celui qui les reçoit et Celui qui les bénit!

[1] Act. apost., XVII, 28.

[2] Ce qui m'a le plus frappé dans ces leçons du grand-père, c'est le ton dont il disait ces admirables vers :

> Mes arrière-neveux me devront cet ombrage.
> Eh bien, défendez-vous au sage
> De se donner des soins pour le plaisir d'autrui?
> (La Fontaine, *Le vieillard et les trois jeunes hommes*, XI, 8.)

On eût dit qu'il se reconnaissait dans le vieillard de la fable.

Digitized by Google

Il y a quelques mois, les alarmes de sa famille et la tendresse prévoyante de ses amis, obligèrent M. Bugnet à quitter Paris, à fuir les fatigues de l'intelligence, à laisser inachevés ces cours qui étaient son bonheur et sa vie. Il n'obéit qu'à regret. « Un professeur, disait-il avec un hochement de tête mélancolique, doit mourir dans sa chaire ! » Mais enfin il se résigna. Il y a une heure dans la vie où, quelle que soit la vigueur de l'intelligence et l'énergie de la volonté, le corps se refuse à leur obéir ; on dirait que la matière se révolte avant de rentrer dans le néant ! M. Bugnet partit donc et alla demander à l'air pur de son pays natal des forces qui ne devaient pas hélas! lui revenir, et c'est là qu'il s'éteignit, comme on l'a dit poétiquement sur sa tombe, au milieu de ces campagnes qui avaient reçu son premier souffle et qui ont recueilli son dernier soupir[1] !

Cher et vénéré maître,

Vous n'êtes pas mort tout entier ! vous vivez et vous vivrez toujours parmi nous par le souvenir. Nous aimerons à revenir sur ces douces heures que nous avons passées près de vous, à nous nourrir de votre exemple et de vos leçons, à rappeler ce que vous avez dit et surtout ce que vous avez fait, « *Narratus et traditus superstes eris*[2] ! »

B. DA COSTA ATHIAS.

[1] V. dans la *Gazette* du 9 octobre le touchant discours de M. le premier président Loiseau.

[2] Tacite, *Vie de Cn. Julius Agricola*, n° 46.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière d'extradition,

Par M. Th. Ducrocq,
professeur de droit administratif à la Faculté de droit de Poitiers.

AFFAIRE LAMIRANDE.

Nous venons d'assister aux trois audiences que la Cour d'assises de la Vienne a consacrées au jugement de l'ex-caissier de la succursale de la Banque de France à Poitiers.

Les lecteurs de la *Revue* ont pu lire dans les journaux politiques et judiciaires, qui leur ont donné une publicité universelle, les résumés des débats terminés, dans l'audience du 5 décembre 1866, par une condamnation à dix ans de reclusion pour faux en écriture de commerce ou de banque et usage de pièces fausses.

Quoique ce procès semble appelé au triste privilége de figurer parmi les causes célèbres, nous ne saurions nous proposer d'en faire ici un compte rendu. Il ne serait pas conforme aux traditions de la *Revue*, et d'ailleurs nous n'aurions ni la volonté ni le courage de le faire. Si légitime que soit la répression, si nécessaire que soit la satisfaction donnée à la conscience publique, lorsque la justice du pays a fait son œuvre, ne peut-on pas mêler au sentiment de haute estime qu'inspire la fermeté du juge, les sympathies que mérite l'immense affliction d'une famille digne des respects de tous, et même quelque pitié pour le malheureux que toute une cité a vu longtemps honnête, jadis mêlé à ses études, à ses réunions et à ses fêtes, avant de devenir coupable?

Nous ne dirons donc pas un mot du fond de l'affaire.

Nous ne parlerons pas non plus de ces remarquables débats dans lesquels tous ceux appelés à remplir un rôle actif, magistrats et avocats, se sont montrés à la hauteur de la mission qu'ils avaient à remplir.

Toutefois, parmi les incidents qui se sont produits à l'audience, il en est un bien digne, même ici, d'une mention. Il

Digitized by Google

ne s'agit pourtant pas d'une question de droit; mais une bonne action a le privilége de pouvoir être partout signalée, sans que personne ait la pensée de s'en plaindre. On peut du reste y voir, si l'on veut, une antithèse entre les institutions judiciaires de deux grands peuples considérées sous un de leurs aspects, et cette comparaison se trouve dans ces colonnes tout à fait à sa place.

Ramené d'Amérique dans un état de dénûment tel que l'agent de la police française avait dû le vêtir pour obtenir son embarquement sur un navire, Lamirande n'avait pu ni apporter ni recevoir dans sa prison la moindre des valeurs soustraites à la Banque de France. Cependant à force de démarches personnelles, dont ils ont eu l'initiative et l'honneur, à travers des innocents et peut-être des coupables, mais agissant sous la foi du secret professionnel, les deux avocats de l'accusé, MM. Lachaud et Lepetit (qu'ils me permettent de les nommer!), ont eu le bonheur d'obtenir et de réaliser une restitution de 110,000 francs. Une apparence de mise en scène, dans l'intérêt de la défense, a peut-être fait obstacle à ce que tous appréciassent cet acte en lui-même au point de vue des difficultés qu'il présentait et de sa valeur morale. Sans l'énergique volonté, sans la persévérance prudente et sage des deux avocats, cette restitution eût-elle été faite? Dependait-il même de Lamirande qu'elle le fût? Et la justice avait-elle, aurait-elle jamais eu en sa puissance les moyens de l'obtenir? En pareille occurrence le ministère de l'avocat grandit; nous ne lui trouvons d'égal dans l'ordre moral que le sacerdoce du prêtre qui, sans se mettre en révolte contre telle ou telle loi de son pays, use des influences légitimes de la religion pour obtenir et réaliser des restitutions, qu'il protége également d'un secret inviolable.

Du reste l'appréciation de cet acte a été faite dans le débat comme elle devait l'être, simplement et noblement, par la plaidoirie de M. Bourbeau, avocat de la Banque de France, partie civile : « La Banque, a-t-il dit, est redevable de cette resti-
« tution à la généreuse intervention de mes confrères. Je ne les
« en remercie pas, dans la crainte de les offenser. Nous savons
« tous que nos devoirs professionnels ne nous lient pas seule-
« ment à la défense des accusés placés sous notre protection,
« mais qu'ils nous inspirent aussi tout ce qui peut être de

Digitized by Google

« nature à donner satisfaction aux intérêts compromis. »

Voilà les avocats français! mais, de grace, qu'on ne donne plus ce nom, aux gens entre les mains desquels avaient été remis à New-York la défense de Lamirande, l'argent de la Banque de France, et les pièces justificatives jointes à la demande d'extradition formée par le gouvernement français.

Nous ne voulons plus parler que des points de droit que soulevait le procès; et nous nous proposons de ne point examiner celui qui touche au fond de l'affaire.

Ces points de droit étaient au nombre de trois; chacun avait son importance et présentait ses difficultés.

L'un d'eux, celui que nous voulons écarter immédiatement, tenait au fond même du procès et présentait à juger une question de droit pénal pur. Il s'agissait de décider si les faits déclarés constants par le jury, à savoir les constatations mensongères des états de caisse remis chaque soir par Lamirande au directeur de la succursale et dans lesquels il indiquait comme existant en caisse les valeurs par lui détournées, présentaient les éléments constitutifs du crime de faux en écriture de commerce ou de banque prévu et puni par l'article 147 du Code pénal.

C'est la question implicitement résolue contre l'accusé par le verdict affirmatif du jury, seulement mitigé quant à l'application de la peine, et formellement tranchée dans le même sens par l'arrêt de condamnation. La discussion de l'audience a brillamment de part et d'autre épuisé la question, et nul ne nous démentirait si nous disions que l'on peut trouver, au cas où il aurait été recueilli quelque part d'une manière exacte et complète, dans le plaidoyer de la partie civile appelée par la loi à parler la première sur cette partie du procès, le plus savant commentaire qu'il soit possible de donner, au point de vue juridique, à la solution intervenue.

Les deux autres points de droit engagés dans le procès de Lamirande et étrangers au fond de l'affaire, les seuls que nous nous proposions d'examiner, sont relatifs l'un à la validité de l'extradition dont il a été l'objet, l'autre à la compétence de la cour d'assises, c'est-à-dire de l'autorité judiciaire, en présence et en raison de cette extradition.

Ces deux points de droit sont complexes, soulèvent des questions multiples; leur examen sera l'objet des deux parties de ce travail.

Digitized by Google

Ces deux parties seront d'inégale étendue, la seconde partie, qui appartient tout entière au droit public interne, comportant à notre point de vue beaucoup plus de développements que la première.

PREMIÈRE PARTIE.

DE LA VALIDITÉ DE L'EXTRADITION DE LAMIRANDE.

L'extradition en conséquence de laquelle Lamirande a pu être déféré à la justice française est-elle valable en droit et en fait ? Cette question qui, jusqu'à l'ouverture des débats devant le cour d'assises, semblait, dans la pensée d'une grande portion du public, de l'accusé, et peut-être même de sa défense, devoir les dominer, mais qui devait en être écartée en raison de l'incompétence de l'autorité judiciaire, cette question appartient au droit public externe. C'est une question de droit international ou droit des gens.

Il s'agit de savoir si l'extradition de Lamirande a été régulièrement consentie par les autorités britanniques au gouvernement français ? Si cette extradition est valable ?

Lamirande soutient que les formes prescrites par le traité d'extradition du 13 février 1843 entre la France et la Grande-Bretagne, étendu aux colonies (et par conséquent au Canada) par le bill confirmatif du 22 août 1843, n'ont pas été observées. M. Lachaud (immédiatement arrêté, il est vrai, dans cette voie par le magistrat qui a présidé ces débats avec beaucoup d'élévation) s'est même écrié : « Cet homme a été volé à l'Angleterre! » Presque toutes les feuilles publiques du Canada et des îles Britanniques, et beaucoup de feuilles françaises ont agité cette question. La passion politique paraît s'être emparée de cette affaire comme d'une machine de guerre contre le lord gouverneur du Canada qui a signé l'ordre d'extradition ; et peut-être le ministère anglais verra-t-il bientôt reproduire ces attaques contre lui-même à la prochaine ouverture du Parlement ? N'était-ce pas d'ailleurs la première exécution faite par des autorités britanniques du traité de 1843 ? Quoi qu'il en soit, ce sont surtout ces circonstances qui ont provoqué l'immense retentissement de ce procès dans les deux hémisphères.

Digitized by Google

Beaucoup de journaux de France ou de l'étranger ont publié un récit des circonstances dans lesquelles s'est effectuée l'extradition de Lamirande. Nous avons remarqué que presque tous ces récits sont différents les uns des autres. Cependant pour qu'il fût possible de dégager et de résoudre scientifiquement la question internationale d'illégalité de l'extradition, il faudrait que les faits allégués fussent au préalable établis. Or il suffit de jeter les yeux sur les deux documents ci-dessous reproduits : 1° les conclusions en nullité de l'extradition prises au nom de Lamirande devant la cour d'assises de Vienne; 2° la dépêche du garde des sceaux du 25 novembre 1866[1], pour remarquer que, dans cet ordre d'idées, les parties (pour employer le langage du palais), c'est-à-dire Lamirande soutenu ou inspiré par la sentence tardive du juge Drummond et par de nombreux organes de la presse canadienne et britannique d'une part, et le gouvernement français d'autre part, sont contraires en fait.

La dépêche ministérielle, organe officiel du gouvernement français, expose qu'aucun writ d'*habeas corpus* n'aurait été régulièrement décerné pour faire comparaître devant une juridiction supérieure l'accusé et sa partie adverse, lorsque fut approuvé le 24 août 1866 par le gouverneur général des provinces britanniques de l'Amérique du Nord le warrant d'extradition délivré le 23 à Ottawa par le secrétaire provincial, en exécution de la sentence rendue le 22 août par le juge Bréhaut.

La version de Lamirande diffère de celle du gouvernement français en ce qu'il soutient que la décision du juge Bréhaut avait été régulièrement attaquée devant le juge supérieur Drummond, avant que le warrant d'extradition n'ait été approuvé par le gouverneur du Canada.

Ces deux faits se sont également accomplis le 24 août. Le gouvernement français le reconnaît; la défense de Lamirande le soutient, en protestant même contre la date du 23 que la dépêche ministérielle n'attribue nullement à la signature du gouverneur du Canada. Les deux faits se seraient donc, de l'aveu de tous, accomplis le même jour 24 août; il faudrait

[1] Plus loin nous reproduisons ces deux pièces, qui se réfèrent aussi au point de droit public *interne* engagé dans cette affaire, et que nous n'avons pas voulu scinder.

Digitized by Google

alors supputer les heures et nous ne sommes pas en mesure de le faire. Aucun indice précis n'a été produit à cet égard ni dans un sens ni dans l'autre.

Du reste les conclusions de Lamirande paraissent implicitement reconnaître la vérité de cette importante constatation de la dépêche ministérielle, qu'aucun writ d'*habeas corpus* n'avait été décerné régulièrement par le juge Drummond, ni avant l'approbation du warrant d'extradition par le gouverneur général, ni avant sa mise à exécution.

L'une des questions serait donc de savoir si, tant que le warrant d'extradition n'était pas paralysé par un writ d'*habeas corpus* régulièrement décerné, ce warrant ne pouvait pas être valablement ramené à exécution, alors même que le juge supérieur aurait été saisi avant l'approbation du warrant par le gouverneur et avant sa mise à exécution ?

Le gouvernement français n'hésite pas, d'après la dépêche du garde des sceaux, à se prononcer pour l'affirmative sur cette question qui nous paraît s'en dégager avec une netteté que l'esprit cherche en vain sur ce point dans les conclusions de Lamirande; elles auraient sans doute été complétées sous ce rapport par le développement oral de l'audience, s'il avait pu se produire. Mais dans cet ordre d'idées qu'importerait que dans la journée du 24 le juge Drummond ait été saisi, avant (ce qui est contesté en fait) l'approbation du warrant d'extradition par le gouverneur du Canada, ou avant sa mise à exécution (ce qui paraît constant)? Qu'importe, puisque pouvant neutraliser l'effet de ce warrant par la délivrance régulière d'un writ d'*habeas corpus*, ce magistrat ne l'a pas fait? Qu'importe surtout que le 28 août (alors que déjà depuis le 24 le warrant d'exécution était exécuté par la police canadienne et que dès le 25 Lamirande accompagné d'un huissier canadien avait été embarqué à Québec sur le *Damascus*), qu'importe que le 28 le juge Drummond ait rendu une décision déclarant n'y avoir lieu à extradition? Qu'importent par suite les motifs consignés dans le jugement de ce magistrat et tirés soit de la forme de la demande d'extradition, en ce qu'elle n'aurait pas été formée par un agent diplomatique, soit du fond, en ce que les faits précisés n'auraient pas, suivant lui, constitué l'un des crimes pour lesquels l'extradition peut être accordée? Qu'importent ces motifs, même en les supposant aussi fondés qu'ils le sont

Digitized by Google

peu? La sentence est tardive et doit être tenue pour non avenue dans ce débat.

Il est du reste, dans cet ordre d'idées, une autre question qui se présente naturellement à l'esprit.

Alors même que, d'après la législation anglaise, il serait vrai de dire que le warrant d'extradition ne pouvait être ni approuvé ni exécuté, du moment que le juge supérieur était déjà saisi (toujours en raisonnant dans l'hypothèse où cette antériorité serait établie en fait), de sorte que ce warrant d'extradition eût été paralysé *ipso jure* par cette circonstance, sans qu'il fût même nécessaire de délivrer pour cela un writ d'*habeas corpus;* ou bien, alors même que, par impossible (toutes choses qui, en fait, devraient être préalablement établies), ce writ d'*habeas corpus* aurait été régulièrement décerné par le juge Drummond, mais non obéi par la police britannique; — dans l'un ou l'autre de ces deux cas, l'extradition de Lamirande en serait-elle moins régulière en ce qui concerne le gouvernement français?

Toute extradition doit être en effet considérée sous un double aspect, au point de vue du gouvernement qui l'a demandée et au point de vue du gouvernement qui l'a autorisée. Chacun d'eux peut avoir à compter avec des règles particulières, avec une législation différente. Il ne suffit pas qu'une des formes prescrites par la législation intérieure du pays ait été méconnue. Il ne suffit pas qu'un ou plusieurs agents du gouvernement qui a consenti l'extradition, aient négligé d'observer certaines prescriptions de cette loi intérieure de la puissance qui a extradé, pour que l'extradition soit invalidée en ce qui concerne la puissance sur la demande de laquelle elle a été réalisée.

Dans cet ordre d'idées, il faudrait décider qu'alors même que les agents anglais auraient eu le tort (non démontré en fait) de ne pas obéir à un ordre légal régulièrement décerné par le juge Drummond, ou même qu'ils eussent enfreint une prétendue obligation légale (également contestée) de surseoir *ipso jure* à toute suite à donner au warrant d'extradition, — même en admettant, par hypothèse, que la loi anglaise ait été méconnue sous l'un ou l'autre de ces deux rapports, — l'extradition faite au gouvernement français avec l'approbation du gouverneur du Canada n'en serait pas moins valable.

Digitized by Google

Sans doute, dans l'hypothèse où nous venons de nous placer pour l'utilité du raisonnement, il pourrait y avoir un oubli de la loi anglaise, imputable sur une terre anglaise, à certains agents anglais. Pour la France la question n'est pas là.

Les conclusions de Lamirande se placent sous la protection de l'article 1er § 2 (qu'elles reproduisent) du traité de 1843. Voilà le seul texte qui puisse être opposé au gouvernement français, qui n'a pas à se préoccuper en ce qui le concerne de l'application par les autorités anglaises de l'ensemble des lois de leur pays. Les seules formes dont l'inobservation puisse être susceptible d'invalider une extradition consentie par l'Angleterre au gouvernement français seraient seulement celles déterminées par cette disposition. Or il suffit d'en rapprocher les termes des faits reconnus constants par toutes parties, pour reconnaître que le gouvernement français a reçu régulièrement Lamirande des mains des autorités anglaises, en vertu d'un ordre d'extradition émané du gouverneur général du Canada, rendu « sur le rapport d'un juge (le juge Bréhaut), ayant en- « tendu le fugitif sur les faits mis à charge par le mandat « d'arrêt. » Or il n'y a rien de plus dans le traité de 1843.

Enfin ne faut-il pas aller plus loin? Ne faut-il pas dire qu'en vertu des principes fondamentaux en matière d'extradition, au point de vue du droit des gens, cette disposition du traité de 1843 (art. 1er § 2), invoquée par la défense de Lamirande, ne peut être opposée en aucun cas, et par personne, même par le gouvernement anglais, au gouvernement français, à l'effet de revenir sur une extradition consommée et d'en contester la régularité. On n'oublie pas que le principe en matière d'extradition est que tout gouvernement est armé du droit d'extrader quand il lui plaît les malfaiteurs étrangers qui cherchent sur son sol l'impunité de leurs crimes. Ce droit est inhérent au pouvoir social[1]; il est préexistant aux traités di-

[1] C'est cette vérité qu'exprime, sous une forme qui s'inspire des idées de *droit divin* et de *légitimité* qui servaient de principe au gouvernement de la Restauration, un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation, du 30 juin 1827 (comtesse de la Granville), dans lequel on lit « que le droit « de livrer un étranger prévenu de crime ou de délit dans le pays dont il « est originaire, aux tribunaux de ce pays, ne tire point son origine des « traités conclus avec les puissances étrangères, mais des droits que le roi « tient de sa naissance, et en vertu desquels il maintient les relations de

Digitized by Google

plomatiques; ces traités ne créent pas le droit d'extradition, ils en font une obligation, un devoir, pour les cas et aux conditions qui s'y trouvent déterminés; mais ils laissent subsister le droit pour tous les autres cas; ils laissent subsister la faculté de se départir de toutes les conditions restrictives stipulées par chaque puissance à son profit[1].

Or si l'on examine à ce point de vue l'article 1er § 2 du traité d'extradition de 1843, ne doit-on pas reconnaître dans cette disposition une *réserve* faite par le gouvernement britannique au point de vue des formes de l'extradition *en ce qui le concerne*. La Grande-Bretagne par ce traité (la France ne sait que trop comment il a été exécuté depuis 1843[2]!) s'engage à effectuer l'extradition dans des cas déterminés; mais elle stipule que même dans ces cas, elle ne sera obligée à consentir l'extradition qu'après l'accomplissement de la formalité judiciaire relatée par l'article 1er § 2. Ainsi c'est une faculté que se réserve l'Angleterre, celle de nous refuser l'extradition,

« bon voisinage avec les États voisins. » (Sirey, *Collect. nouv.*, 8, 1, 628; — Dalloz, 27, 1, 288.)

[1] La Cour de cassation a eu l'occasion de reconnaître ce point de droit international dans des arrêts postérieurs à celui cité dans la note précédente.

Le plus récent est en date du 4 mai 1865 (ch. crim., *Chardon*); on y lit ce qui suit : « Attendu que le gouvernement qui fait arrêter sur son terri« toire le prévenu d'un crime commis sur un autre territoire et le livre à la « puissance qui le réclame pour le juger et le punir, use d'un droit qu'il « puise dans sa propre souveraineté et non dans les traités qu'il aurait pu « conclure avec la puissance à laquelle ce prévenu appartient; que sans « doute deux États peuvent s'engager à se livrer réciproquement leurs « nationaux poursuivis pour crimes commis sur leur territoire respectif, et « déterminer les cas dans lesquels l'extradition devra être autorisée; mais « que ces conventions ne peuvent faire obstacle à ce qu'elle soit accordée « dans d'autres cas et pour d'autres crimes que ceux qui y sont spécifiés. » (Sirey, 1866, 1, 36.)

Dans une autre espèce, un accusé également extradé par la Suisse, avait excipé devant la Cour d'assises de ce que le crime qui faisait l'objet de l'accusation n'était pas compris dans le traité conclu entre la France et les États de la Confédération helvétique, et la Cour d'assises, rejetant cette exception, avait passé outre au jugement. La Cour de cassation a, par arrêt du 16 septembre 1841 (ch. crim., *Burgerey*), rejeté le pourvoi. (Sirey, 47, 1, 397; Journal du Palais, 47, 1, 153.)

[2] Voir le discours de M. Rouher, ministre d'État, à la séance du Corps législatif du 28 février 1865 (*Moniteur* du 1er mars 1865). — V. aussi dans la *Revue critique* un excellent article de M. Georges Picot (tome XXVIII, page 528).

Digitized by Google

même pour les crimes déterminés au traité, tant que ce préalable judiciaire n'aura pas été rempli. Cette disposition signifie que nous n'aurons le droit d'invoquer le traité d'extradition contre l'Angleterre, pour exiger d'elle la remise d'un malfaiteur coupable d'un des crimes prévus au traité, qu'autant qu'un juge aura d'abord statué comme il est dit à l'article 1er § 2. Mais vis-à-vis la France et au point de vue du droit international, sinon au point de vue de la législation intérieure de son pays et vis-à-vis des chambres anglaises, le gouvernement de la reine reste libre de ne pas suivre ces formes, sans que l'extradition en soit moins régulière et moins valable pour la France. Le texte cité est entre les mains de l'Angleterre un bouclier dont elle s'est servi trop souvent pour refuser les extraditions demandées par la France; ce n'est pas une arme à l'aide de laquelle elle puisse réclamer contre un ordre d'extradition consenti et ramené à exécution par les autorités britanniques elles-mêmes.

En un mot, lors même que les autorités anglaises n'auraient pas profité de la stipulation du traité invoquée par Lamirande, le gouvernement anglais lui-même n'aurait pas le droit de s'en prévaloir pour redemander Lamirande au gouvernement français; l'extradition n'en serait pas moins valablement opérée.

Comment donc l'extradé aurait-il le droit de la critiquer devant aucune juridiction?

Du reste, nous avons cherché à montrer que des faits, encore contradictoires, tels qu'ils sont actuellement connus et qu'ils résultent des deux documents dont nous venons de parler à ce premier point de vue et qu'on lira plus loin, les conclusions de Lamirande et la dépêche du garde des sceaux, il ne résulte nullement que les dispositions du traité de 1843 n'aient pas été suivies.

On ne saurait douter d'ailleurs que le gouvernement français qui a toujours donné l'exemple de la plus scrupuleuse loyauté dans l'exécution des traités d'extradition, aussi bien à l'égard des plus faibles États que des plus grandes puissances, ne fut le premier à faire droit à de justes réclamations si les faits relatifs à cette extradition, mieux connus ou mieux précisés, venaient à changer de physionomie, si surtout il venait à être être établi qu'il fut vrai de dire à quelque point de vue que ce fût, que « Lamirande ait été volé à l'Angleterre ». Après comme

Digitized by Google

avant la condamnation de Lamirande, le gouvernement de l'Empereur, souverain juge des questions de cette nature, s'empresserait certainement de le réintégrer entre les mains des autorités britanniques, si la preuve d'une atteinte au traité et aux principes du droit des gens était ultérieurement établie.

Jusqu'à ce jour cette preuve ne nous paraît pas avoir été faite.

SECONDE PARTIE.

DES POUVOIRS DE L'AUTORITÉ JUDICIAIRE, ET DES DROITS DE L'EXTRADÉ.

Le dernier point de droit engagé dans l'affaire Lamirande est très-complexe; il se rattache étroitement au précédent; mais au lieu d'appartenir au public *externe*, il relève entièrement du droit public *interne*; il présente l'une des applications les plus importantes du principe fondamental de la séparation des pouvoirs, entendu, suivant des habitudes de langage plus généralement admises qu'exactes, dans un sens large comprenant le principe de la séparation entre elles des diverses branches du pouvoir exécutif, de l'autorité gouvernementale et administrative d'une part, et de l'autorité judiciaire d'autre part.

Nous devons avouer à nos lecteurs ce que déjà et d'eux-mêmes ils ont bien reconnu, qu'ici seulement, malgré le titre de cet article, il nous est possible d'entreprendre un véritable *examen doctrinal de jurisprudence* en matière d'extradition.

Cet examen aura pour base et pour objet les deux arrêts rendus dans l'affaire Lamirande à l'audience du 3 décembre 1866 par la cour d'assises de la Vienne, sous la présidence de M. le conseiller Aubugeois de la Villedubost.

Ces arrêts ont statué sur trois questions : le premier en a résolu deux; le second a prononcé sur la troisième. Malgré le lien intime qui existe entre les deux premières, nous allons les poser et les examiner séparément.

Voici ces trois questions :

1° La cour d'assises peut-elle, sans excès de pouvoir, examiner la validité de l'extradition d'un accusé ?

2° La cour d'assises peut-elle, sans excès de pouvoir, sur la

Digitized by Google

demande de l'accusé, surseoir au jugement jusqu'à ce que le gouvernement ait statué sur la validité de l'extradition ?

3° Dans le cas où l'arrêt de mise en accusation a renvoyé l'accusé devant la cour d'assises sous l'inculpation de plusieurs crimes, et que l'extradition n'a été accordée que pour l'un d'eux, la cour d'assises doit-elle ne poser au jury que les questions relatives à ce crime ? Ou bien au contraire est-elle obligée, pour ne pas porter atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, de ne pas tenir compte des conditions de l'extradition et de purger en entier l'arrêt de renvoi dans les liens duquel se trouve l'accusé ?

Nous allons examiner successivement ces trois points dans autant de sections ; la discussion et la solution de la première question préjugeront celle de la seconde, qui cependant réclamera, en raison de la vive controverse dont elle est l'objet un examen spécial et approfondi ; ensuite il restera à concilier la solution de la troisième question avec celles des deux premières, en nous inspirant toujours du principe de la séparation des pouvoirs.

SECTION Ire.

La Cour d'assises peut-elle, sans commettre un excès de pouvoir, examiner la validité de l'extradition d'un accusé, pour en prononcer la nullité?

Telle était la prétention de Lamirande. Cette question de la régularité et de la légalité de son extradition consentie par les autorités britanniques de l'Amérique du Nord, que nous avons examinée plus haut, Lamirande voulut en saisir la cour. Dès l'ouverture des débats de la cour d'assises, après avoir, lors du tirage du jury, demandé acte de ce qu'elle entendait réserver tous ses droits nonobstant sa participation à cette opération, la défense de Lamirande a posé des conclusions par lesquelles celui-ci demandait à la Cour de prononcer la nullité de l'extradition dont il avait été l'objet. Ces conclusions tendaient aussi très-subsidiairement, à ce que la Cour, au cas où elle ne se croirait pas compétente pour prononcer la nullité de l'extradition, accordât un sursis jusqu'à ce qu'il ait été statué par qui il appartiendrait ; ce subsidiaire fera l'objet de la seconde question annoncée.

Digitized by Google

Nous reproduisons en entier ces conclusions dont nous avons déjà parlé en examinant la question d'extradition considérée en elle-même, abstraction faite de cette question de compétence.

Nous avons cru ne pas devoir les scinder quoique leurs *attendus* se réfèrent exclusivement au point de droit international et supposent résolue affirmativement la question de compétence de la cour.

Les voici :

« Attendu qu'il est de principe que les cours d'assises sont com-
« pétentes pour apprécier si l'extradition des accusés a été régulière,
« ou si, au contraire, elle n'a pas été le résultat de la fraude ou de
« la violence : que ce principe a été reconnu par la cour de cassa-
« tion, notamment dans son arrêt du 7 mai 1845 ;

« En fait ;

« Attendu que Lamirande, caissier à la succursale de la banque
« de France, à Poitiers, renvoyé par arrêt de la chambre des
« mises en accusation devant la cour d'assises de la Vienne, sous
« diverses inculpations, s'était refugié au Canada (possession
« anglaise) ;

« Qu'une demande d'extraction avait été formée contre lui, en
« vertu d'un traité passé entre la France et la Grande-Bretagne,
« à la date des 18-21 mars 1843 ;

« Que ce traité, qui indique les formes nécessaires à observer
« dans les deux pays pour arriver à l'extradition, porte textuelle-
« ment, article 1er § 2, en ce qui concerne la Grande-Bretagne :

« *En conséquence, l'extradition ne sera effectuée, de la part du*
« *gouvernement britannique, que, sur le rapport d'un juge ou ma-*
« *gistrat commis à l'effet d'entendre le fugitif sur les faits mis à sa*
« *charge par le mandat d'arrêt ou autre acte judiciaire également*
« *émané d'un juge ou magistrat compétent en France et énonçant*
« *également d'une manière précise les faits.* »

« Attendu qu'il en résulte que pour que l'extradition soit accor-
« dée par le gouvernement anglais, il faut, avant tout, que le juge
« compétent en ait déclaré la légalité ; que ce n'est donc pas seu-
« lement une décision administrative, mais aussi une décision ju-
» diciaire ;

« Attendu que Lamirande ayant été traduit d'abord devant le juge
« de paix Bréhaut, celui-ci avait rendu une sentence permettant
« l'extradition ; mais que presque aussitôt cette décision fut atta-
« quée devant le juge supérieur du banc de la reine, M. Drum-

Digitized by Google

« mond', et que, dès lors, elle se trouvait frappée d'un véritable « appel;

« Attendu que le juge Drummond a donné audience le 24 août « 1866, que toutes les parties y ont comparu par leurs représen- « tants respectifs, que la demande d'extradition y a été soutenue, « contredite et discutée;

« Qu'en cet état, après une longue audience, et alors que le dé- « bat avait été accepté par tous, le juge Drummond, au moment « de rendre son jugement, dut, sur la demande de M. Pomainville, « avocat de la banque de France, lequel voulait présenter de nou- « velles observations, renvoyer, vu l'heure avancée (sept heures « du soir), au lendemain 25, pour reprendre l'audience et pro- « noncer sa sentence;

« Attendu que, dans la soirée du 24 août, avant la décision du « juge, qui avait qualité pour statuer définitivement, des agents « de police, vinrent violemment arracher Lamirande de sa prison, « qu'il fut conduit en France, et remis, malgré ses protestations, « à la police française;

« Attendu que tous ces faits ne sauraient être contestés, qu'ils « sont prouvés par le jugement qu'a rendu M. Drummond le « 28 août 1866;

« Qu'il résulte encore de cette décision que M. Drummond a dé- « claré n'y avoir lieu à extradition par plusieurs motifs consignés « dans son jugement et tirés soit de la forme de la demande, soit « du fond, en ce que les faits précisés ne constituent pas l'un des « crimes pour lesquels l'extradition peut être accordée;

« Attendu que, en l'état, la cour d'assises est appelée à apprécier « si l'extradition de Lamirande peut être déclarée légale;

« Qu'il est évident qu'elle ne saurait l'être, alors que le juge ré- « gulièrement saisi par toutes les parties, et qui devait en connaître « définitivement, a prononcé qu'il n'y avait pas lieu de l'accorder;

« Qu'un acte de violence dont il est impossible que l'Angleterre « ne demande pas compte à ses agents, ne saurait prévaloir contre « une décision judiciaire et placer la force et la subornation au- « dessus du droit;

« Que quels que soient les fautes et le crime dont est accusé La- « mirande, ce ne peut être un motif pour violer, en sa personne, les « règles les plus ordinaires du droit; que les traités internationaux « d'extradition n'ont pas pour but de profiter aux accusés, mais « surtout de répondre aux intérêts les plus élevés des rapports et « de la liberté des nations entre elles;

« Attendu qu'on objecterait vainement que Lamirande a été « livré aux agents français en vertu d'un ordre signé le 23 août « 1866, par le gouverneur du Canada; qu'il résulte de la sentence

Digitized by Google

« de M. Drummond que la date portée dans cet ordre n'est pas « réelle, qu'elle a été donnée postérieurement au 23 août, que la « signature du gouverneur n'a pu être obtenue que par surprise;

« Attendu, au surplus, que les termes mêmes du traité de 1843 « ne permettent pas au gouverneur général de livrer un accusé « par suite d'extradition avant que la décision judiciaire ait été « prononcée par le juge compétent; que le 24 août, M. le juge « Drummond avait été saisi; que le gouvernement anglais, repré- « senté par M. Ramsey, avocat de la couronne, la banque de France, « représentée par M. Pomainville, avocat, Lamirande lui-même « représenté par M. Doutre, avocat, avaient été entendus, et avaient « débattu devant ce magistrat la question légale de l'extradition;

« Que, dès lors, jusqu'après la décision du juge Drummond, il « était impossible de disposer de Lamirande sans violer à la fois la « loi et la justice;

« Par ces motifs et autres qu'il plaira à la cour de suppléer, pro- « noncer la nullité de l'extradition;

« Et, très-subsidiairement, attendu que si, par impossibilité, la « Cour se déclarait incompétente pour prononcer la nullité de « l'extradition, en raison du caractère diplomatique de cet acte, « elle ne saurait méconnaître que les circonstances au milieu des- « quelles l'extradition s'est produite peuvent être de nature à en- « traîner sa nullité; qu'il y aurait, dès lors, à la soumettre à l'exa- « men attentif des deux gouvernements de la France et de la « Grande-Bretagne, et, en ce cas, d'accorder un sursis jusqu'à « ce qu'il ait été statué par qui il appartiendra, sous toutes ré- « serves. »

Après avoir lu et déposé ces conclusions, Mᵉ Lachaud prenait la parole pour les développer, lorsque M. le premier avocat général Gast, qui occupait dans l'affaire le fauteuil du ministère public, se lève également et déclare qu'il conclut « à ce qu'il plaise à la cour ordonner que les conclusions po- « sées par la défense ne seront pas développées, parce qu'elles « échappent à ses attributions et à sa compétence. »

C'est en ces termes que s'est engagé, aussitôt après la lecture de l'acte d'accusation, la discussion des premières questions qui devaient trouver leur solution dans l'exacte application du principe de la séparation de l'autorité gouvernementale et administrative d'une part, et de l'autorité judiciaire d'autre part.

M. le premier avocat général a produit dans ce premier dé-

Digitized by Google

bat plusieurs documents émanés de la chancellerie, et notamment une dépêche de la plus haute importance, portant la date du 25 novembre 1866, adressée par Son Exc. M. le garde des sceaux ministre de la justice et des cultes à M. le procureur général près la cour impériale de Poitiers.

C'est sur les constatations de cette dépêche que nous avons dû appeler déjà l'attention de nos lecteurs d'une manière toute particulière, lorsque nous avons examiné l'extradition de Lamirande au point de vue des faits, des traités et des principes du droit des gens. Quoique la plus grande partie de cette dépêche concerne effectivement les faits relatifs à l'extradition, nous n'avons pas cru devoir scinder un document de cette nature.

Il est complet et embrasse dans l'affaire Lamirande tout ce qui tient au droit public externe et interne.

On y trouve sur chaque question l'expression nette et précise de la pensée du gouvernement français.

Voici le texte entier de cette dépêche telle que le ministère public en a donné lecture à l'audience de la cour d'assises de la Vienne du 3 décembre 1866. La *Revue* en donne la première la teneur intégrale et d'une rigoureuse exactitude.

Paris, le 25 novembre 1866.

« Monsieur le procureur général, vous m'avez demandé de vous « faire connaître quelle était, au point de vue de l'extradition, la « situation officielle du sieur Lamirande, renvoyé devant la Cour « d'assises de la Vienne, sous la double accusation de vol ou d'abus « de confiance et de faux.

« En s'évadant, le 3 juillet dernier, des prisons de New-York, « pour se réfugier au Canada, Lamirande, échappant aux disposi- « tions plus larges du traité avec les États-Unis, s'est placé sous le « coup des stipulations du traité d'extradition avec l'Angleterre, « du 13 février 1843, dont l'application aux colonies est consacrée « par le bill confirmatif du 22 août de la même année. Le traité « autorise l'extradition pour tous les crimes de faux (*forgery*) et « c'est en vertu du traité que notre consul général à Québec a « transmis à l'autorité compétente la requête des agents pris par « la partie civile, la Banque de France, à New-York et au Canada « pour la représenter dans la lutte judiciaire qui devait s'ouvrir « conformément à la législation anglaise. Le gouverneur général

Digitized by Google

« des provinces britanniques de l'Amérique du Nord décerna un « warrant d'arrestation, qui a été exécuté le 1er août, au village de « la Prairie, près Montréal. Lamirande fut conduit immédiatement « devant le magistrat de police de cette ville qui dut procéder à « un examen public et officiel des pièces produites, y compris une « copie certifiée de l'arrêt de renvoi, qui paraît avoir été volé par « l'un des avocats de Lamirande, poursuivi pour ce fait à New-« York. Après avoir entendu divers témoins, les explications con-« tradictoires du fugitif et de ses avocats, et après plusieurs « remises successives, le juge Bréhaut rendit, le 22 août dans la « soirée, une décision qui maintenait l'arrestation et reconnaissait « le droit de la partie qui avait poursuivi l'extradition de l'accusé. « En conséquence l'ordre du warrant d'extradition fut délivré « le 23 à Ottawa, capitale de la province, par le secrétaire provin-« cial, approuvé ensuite le 24 par le gouverneur général, et enfin « mis à exécution le 24 par la deputy sheriff, et à Québec, le « 25 août, par l'embarquement de Lamirande sur le Damascus. « Aucun writ d'*habeas corpus* n'avait alors été décerné régulière-« ment pour faire comparaître devant une autre juridiction l'ac-« cusé et sa partie adverse, puisque tout agent anglais aurait dû « obéir à un ordre légal.

« Lamirande est arrivé à Calais le 6 septembre suivant, après « avoir débarqué en Angleterre dès le 3 au matin. Il a fait le trajet « de Liverpool à Douvres par Londres, accompagné d'un huissier « canadien et d'un agent anglais, conformément au bill du 22 août « 1843. Il a été donné à ces officiers décharge régulière du prison-« nier par l'autorité administrative française.

« Toutes les conditions imposées aux autorités britanniques et « françaises par les traités et lois spéciales semblent donc avoir « été accomplies rigoureusement dans l'extradition du sieur Lami-« rande. Des réclamations de Lamirande, contraires à l'attitude « qu'il a prise pendant la traversée, ou des articles de journaux « inspirés par les passions politiques, ne peuvent suffire pour « inspirer au gouvernement français des doutes sur la régularité « en fait ou en droit, des actes à la fois judiciaires et diplomatiques « qui ont précédé la remise effective de l'accusé à la police fran-« çaise.

« Il appartient au gouvernement seul d'examiner, avec la bonne « foi qui préside à ses relations diplomatiques, les observations qui « viendraient à lui être présentées par un gouvernement étranger; « les tribunaux français sont incompétents d'après une jurispru-« dence constante pour résoudre ces questions diplomatiques, qui « ne peuvent par conséquent être débattues utilement devant eux. « Quant à l'accusé, à qui sa fuite ne peut avoir créé aucun titre, il

Digitized by Google

« suffit qu'il soit placé devant les juges impartiaux auxquels son « sort a été remis par un arrêt régulier de renvoi. En ordonnant « sa comparution à la prochaine session des assises de la Vienne, « vous n'avez fait qu'obéir à l'article 260 du Code d'instruction « criminelle. Mais vous devrez vous conformer à la convention « diplomatique et à mes instructions en requérant que l'accusé ne « soit jugé que sur le chef de faux, à moins qu'il n'accepte volon- « tairement la décision du jury sur les autres points.

« Recevez.....

« Le garde des sceaux, ministre de la justice et des cultes,

« *Signé* BAROCHE. »

On voit que c'est dans la dernière partie de cette dépêche que M. le garde des sceaux, donnant ses instructions au chef éminent du parquet de la Cour impériale de Poitiers, s'explique à la fois sur chacune des trois questions intéressant le principe de la séparation des pouvoirs, dont la Cour d'assises pouvait être saisie et qu'elle a été en effet appelée à résoudre par les deux arrêts que nous avons annoncés.

Pour nous conformer à l'ordre des questions ci-dessus posées et du développement réel et logique des difficultés, nous nous bornons à reproduire l'arrêt rendu par la Cour sur les conclusions respectives des parties, ci-dessus reproduites.

Voici le texte de cet arrêt :

« Attendu que par un arrêt de la Cour impériale de Poitiers, « chambre des mises en accusation, en date du 29 mai 1866, le « nommé Surreau Delamirande dit Lamirande, a été renvoyé de- « vant la Cour d'assises de la Vienne, sous la triple accusation de « *vol qualifié*, *abus de confiance qualifié*, et *faux en écriture de* « *commerce ou de banque;*

« Attendu qu'en conséquence dudit arrêt, il a été rédigé par le « procureur général un acte d'accusation en date du 23 septembre « 1866;

« Attendu que ces deux pièces ont été notifiées à l'accusé par « exploit du 24 septembre;

« Et que, le 25 du même mois, ledit accusé a été interrogé par « le président des assises, conformément aux articles 293, 294, « 295 et 296 du Code d'instruction criminelle;

« Attendu, dès lors, que l'affaire se trouve en état et qu'elle a été « régulièrement portée au rôle de la présente session;

« Attendu néanmoins que, par des conclusions prises à l'au-

Digitized by Google

« dience de la Cour d'assises, les défenseurs de Surreau Delamirande « ont demandé à la Cour de prononcer la nullité de l'extradition « dont l'accusé a été l'objet, et très-subsidiairement de surseoir « au jugement de la cause jusqu'à ce qu'il ait été statué par qui « il appartiendra sur la validité dé cette extradition;

« Attendu, en fait, qu'il résulte des documents de la cause et « notamment de la dépêche ministérielle du 25 novembre 1866 « que sur la demande du gouvernement français, Surreau Delami- « rande, placé dans les liens d'un arrêt de mise en accusation com- « prenant des faits de *faux en écriture de commerce ou de banque*, « a été remis, par le gouvernement du Canada où il s'était réfugié, « à la disposition de l'autorité française;

« Attendu qu'à la suite de cet acte d'extradition le gouverne- « ment impérial a lui-même remis cet accusé entre les mains de « la justice pour qu'il eût à répondre, devant la juridiction com- « pétente, des crimes de *faux en écriture de commerce ou de banque* « qui ont motivé son extradition;

« Attendu, en droit, que les traités d'extradition sont des actes « de haute administration intervenus entre deux puissances dans « un intérêt général de moralité et de sécurité sociales; que les « formes et les conditions en sont réglées, non au profit des ac- « cusés qui ne peuvent par leur fuite à l'étranger se créer un pri- « vilége contre la justice de leur pays, mais au point de vue des « nécessités internationales ou des convenances réciproques des « gouvernements;

« Attendu que le principe fondamental de la séparation des pou- « voirs s'oppose à ce que la justice française puisse s'immiscer « dans l'interprétation et l'application des actes de gouvernement « qui livrent les accusés à sa juridiction;

« Attendu que, par le fait même de la remise d'un accusé à ses « juges naturels, le gouvernement impérial consacre la régularité « de son extradition;

« Et que cette décision qui rentre dans la compétence exclu- « sive du pouvoir exécutif ne peut être l'objet d'aucun recours;

« Par ces motifs, la Cour rejette les conclusions tant princi- « pales que subsidiaires formulées par la défense de Surreau De- « lamirande, et ordonne qu'il sera passé outre aux débats. »

Cet arrêt n'est pas moins remarquable par la fermeté de sa rédaction que par la solidité de sa doctrine; et, sauf un mot qui dans le point de droit a le tort d'être équivoque, on ne pouvait mieux dire.

Cet arrêt écarte par deux motifs principaux la prétention

Digitized by Google

de l'accusé de soumettre à la Cour l'examen de la régularité de l'extradition dont il avait été l'objet.

Le premier motif repose sur le défaut de qualité de l'accusé.

Le second est tiré de l'incompétence de la Cour, en raison du principe fondamental dans notre droit public de la séparation de l'autorité administrative ou gouvernementale et de l'autorité judiciaire.

§ 1.

Défaut de qualité de l'accusé.

Nous pensons, avec la dépêche du garde des sceaux et avec l'arrêt de la Cour, qu'un accusé ne saurait puiser dans sa fuite sur un territoire étranger aucun droit qui lui soit personnel et qu'il puisse opposer à la justice de son pays.

Toute doctrine contraire serait, quoiqu'on protestât, un souvenir, nous dirions volontiers une exhumation de cette théorie du droit d'asile appliqué d'abord aux lieux de refuge, au profit des citoyens, d'abord des malheureux, ensuite des criminels, par l'antiquité et plus tard par l'Église, jusqu'à ce que la civilisation naissante vînt les détruire; étendu plus tard à tout le territoire, au profit des étrangers, même des malfaiteurs, sous l'influence des divisions et de l'isolement des peuples au moyen âge, jusqu'à ce que les frontières aient commencé successivement à s'abaisser et que les peuples et les gouvernements aient eu le sentiment de leur solidarité, à l'encontre des crimes de droit commun.

Ce sentiment a fini par gagner même les nations que la crainte de porter atteinte à l'hospitalité toujours due à l'infortune et aux vaincus des orages politiques [1], a rendu le plus re-

[1] « L'extradition ne peut être demandée que pour un crime, mais elle ne « peut être obtenue pour tous les crimes. Une distinction doit être établie. « Les crimes politiques s'accomplissent dans des circonstances si difficiles à « apprécier, ils naissent de passions si ardentes, qui souvent sont leur « excuse, que la France maintient le principe que l'extradition ne doit pas « avoir lieu pour fait politique. C'est une règle qu'elle met honneur à sou- « tenir. Elle a toujours refusé depuis 1830 de pareilles extraditions; elle « n'en demandera jamais. » (Circ. minist. de la justice et des cultes, du 5 avril 1841.)

Digitized by Google

belles à ces progrès de la civilisation emportant dans sa marche le droit d'asile territorial au profit des malfaiteurs, comme elle avait emporté le droit d'asile des lieux saints. L'auteur du *Traité des délits et des peines* a donné la raison d'être de cette solidarité commune des nations, en disant que « la persua-« sion de ne trouver aucun lieu sur la terre où le crime puisse « demeurer impuni serait le moyen le plus efficace de le pré-« venir. »

La fuite du malfaiteur et son arrivée sur le sol étranger ne peuvent donc lui créer un droit. Cette circonstance a seulement pour conséquence de mettre en présence deux souverainetés, celle qui réclame le fugitif et qui n'a pas d'action sur le territoire où il s'est réfugié, celle qui le reçoit sur son sol ou l'arrête et le livre, suivant les traités qui la lient, ses convenances, la nature de ses relations, et les dispositions de sa législation intérieure relative aux étrangers. Lorsque l'extradition s'est accomplie entre ces deux souverainetés, l'équité et la loi n'exigent qu'une chose; c'est que la fuite du malfaiteur n'exerce, au point de vue juridique, aucune influence sur sa situation. L'extradition ne doit pas aggraver et elle n'aggrave pas la position de l'extradé, par rapport à ce qu'elle était au jour de sa fuite; il a les mêmes droits, les mêmes juges, ses juges naturels, les mêmes voies de recours, les mêmes priviléges au point de vue de la liberté de sa défense; et il dépendra de lui, s'il croit y avoir intérêt, de consentir à être jugé même pour les faits à raison desquels son extradition n'aurait pas été consentie. En un mot, la fuite ne peut et ne doit, à aucun point de vue, préjudicier à l'extradé.

Mais il ne peut non plus y puiser un droit qu'il n'avait pas en quittant le sol de son pays; il ne peut avoir conquis ce droit en passant la frontière.

Au point de vue historique, la prétention d'un tel droit se rattache manifestement, comme nous le disions tout à l'heure aux anciennes traditions du droit d'asile. Il fut longtemps et largement, sous ses diverses formes, pratiqué en France, pour ne parler que de notre pays. Mais il a disparu dans le nouveau droit public de la France, où il serait impossible d'en trouver quelque part la formule. Lors même que la nation qui aurait fait l'extradition admettrait encore le droit d'asile au profit des malfaiteurs, la France ne le reconnaît pas, et il serait justement

Digitized by Google

interdit d'arguer devant les autorités françaises de ce droit d'asile qui pourrait exister à l'étranger.

Au point de vue philosophique et rationnel, la reconnaissance d'un droit que l'extradé puiserait dans sa fuite serait, à elle seule, pour les malfaiteurs, un encouragement à fuir la justice de leur pays.

Au point de vue politique (et cette considération n'est pas sans portée dans un pays d'égalité et de démocratie comme la France), la reconnaissance d'un droit de cette nature serait un privilége pour les malfaiteurs auxquels leur position, leurs relations, leur instruction, le séjour des villes rendent la fuite plus facile.

Au point de vue de la justice et de l'équité, ce serait une prime donnée aux grands criminels, qui auraient trouvé des moyens d'autant plus sûrs de consommer leur fuite et d'en profiter qu'ils seraient partis plus chargés de la fortune d'autrui.

Au point de vue moral, ce serait un triste spectacle que celui d'un accusé qui, amené devant la justice de son pays après avoir voulu s'y dérober, aurait le droit de lui tenir ce fier et désolant langage : « Au lieu de me juger, vous allez, en annu-« lant mon extradition, proclamer votre propre impuissance; « et cette impuissance elle est mon œuvre. »

Nous ne nous bornons pas à dire que le fait de fuir la justice du pays étant, sinon sans doute une nouvelle infraction à la loi, au moins une faute au point de vue moral; il serait fâcheux, à ce point de vue, que le malfaiteur pût y puiser un droit.

Nous disons en outre que, dans le prétoire de la Cour d'assises, devant le jury, devant le public qui entend ce langage, devant la France qui en reçoit l'écho dans les procès criminels qui ont autant de retentissement que l'affaire Lamirande, l'exercice d'un tel droit constituerait un spectacle profondément démoralisateur. Ce serait la plus dangereuse excitation au mal; ce serait tout l'appareil de la justice criminelle servant, non plus à l'exemplarité du châtiment, mais à l'exemplarité du crime et des moyens d'en conquérir l'impunité. Mieux vaudrait mille fois que l'extradition n'eût pas été obtenue, que de voir l'extradé investi du pouvoir d'en faire prononcer la nullité par les magistrats chargés de le juger. Mieux vaudrait que cette extradition n'eût pas été demandée, quoique le crime impuni soit contagieux comme le suicide.

Digitized by Google

Au point de vue des principes du droit des gens, comment concilier le droit de l'extradé de demander la nullité de l'extradition avec le principe incontesté (que nous avons rappelé dans l'examen de la question internationale en montrant qu'il avait été consacré maintes fois par la Cour de cassation) en vertu duquel les pouvoirs publics puisent le droit d'extradition, non dans les traités mais dans leur propre souveraineté? Sur quoi se fonderait l'accusé pour critiquer son extradition, s'il avait été extradé par une puissance avec laquelle la France n'aurait pas fait de traité d'extradition et qui, en vertu du droit qu'elle trouve dans sa propre souveraineté, aurait jugé à propos de le livrer à notre gouvernement, soit spontanément, soit sur sa demande? Dans ce cas, il est impossible de trouver une base au prétendu droit de l'extradé de demander la nullité de son extradition. N'en est-il pas de même au cas où l'extradition a été consentie par une puissance qui est liée par un traité diplomatique avec la France, mais qui a usé de son droit d'extrader dans l'un des cas non prévus par le traité? Et si, dans ces deux cas, il est impossible de trouver une base juridique au droit de l'extradé, pourquoi en serait-il autrement lorsque l'extradition a été consentie dans un cas prévu par le traité? Cela ne se peut, puisque le traité n'a eu d'autre conséquence que de faire de l'extradition une obligation internationale pour la puissance contractante, sans jamais restreindre ou limiter le droit préexistant et supérieur qui lui appartient d'extrader au gré de ses convenances, de ses intérêts ou de sa législation intérieure, dont elle a l'exclusive et souveraine appréciation.

C'est surtout à ce point de vue qu'il est incontestable, comme l'a dit la Cour d'assises de la Vienne, « que les traités d'extra-« dition sont des actes de haute administration intervenus « entre deux puissances dans un intérêt général de moralité « et de sécurité sociales; que les formes et les conditions en « sont réglées, non au profit des accusés qui ne peuvent, par « leur fuite à l'étranger, se créer un privilége contre la justice « de leur pays, mais au point de vue des nécessités interna-« tionales ou des convenances réciproques des gouverne-« ments. »

Il faut prévoir une objection que n'a pas manqué de faire l'habile défense de Lamirande; « mais, a-t-elle dit (beaucoup

Digitized by Google

mieux que je ne puis le redire), la dépêche de M. le garde des sceaux prétend que Lamirande ne soit jugé que sur les chefs pour lesquels l'extradition a été accordée et non pour les autres, à moins qu'il n'y consente; M. le garde des sceaux et le ministère public lui reconnaissent donc un droit résultant pour lui de l'extradition? »

L'objection est spécieuse et il faut y répondre d'une façon péremptoire, car tout doit être expliqué au point de vue des principes; il faut que tout se tienne et s'enchaîne sous peine d'arbitraire. Voici comment nous y répondons.

Si le ministère public requiert que l'extradé ne soit jugé que sur les chefs pour lesquels l'extradition a été accordée, ce n'est pas dans l'intérêt de l'extradé; c'est, ainsi que nous le dirons plus loin, parce que la Cour doit, même d'office, appliquer purement et simplement, tel qu'il est, l'acte d'extradition. Or la restriction dont il s'agit est la condition expresse ou tacite de l'extradition consentie.

Il appartient sans doute au gouvernement, par ses instructions au ministère public, de veiller dans l'intérêt des rapports diplomatiques et des bonnes relations internationales, à ce que ces conditions ne soient pas méconnues. Mais l'extradé n'y est pour rien, en ce sens que ce n'est pas dans son intérêt qu'il en est ainsi.

Comment se fait-il cependant qu'il puisse changer tout cela en donnant son consentement? — Ce consentement lui-même qu'il peut donner ou refuser sur ce point, n'est pas la preuve d'un droit qu'il n'aurait pas eu lorsqu'il a quitté la France et qu'il aurait acquis par sa fuite et son extradition. Ce n'est que l'application de la règle que nous avons tout d'abord formulée et d'après laquelle l'unique droit de l'extradé est d'exiger que sa position ne soit pas rendue pire par sa fuite, et de se placer sous l'égide du droit commun.

Les nécessités et les convenances internationales viennent porter atteinte au droit commun, en empêchant qu'il ne soit jugé contradictoirement sur tous les chefs de l'arrêt de renvoi; il en profitera indirectement, quoique cela se passe en dehors de lui et au-dessus de lui.

Mais comme il est possible qu'au lieu de lui être profitable cette dérogation au droit commun puisse lui être défavorable et que la situation d'un accusé ne doit pas non plus être

Digitized by Google

aggravée par sa fuite et son extradition quelles que soient les convenances diplomatiques, il lui suffira d'élever la voix et de réclamer en sa faveur l'application du droit commun, pour que toute considération internationale s'évanouisse.

Nous dirons plus tard comment cette distinction entre les divers chefs de l'arrêt de mise en accusation a pu être faite par la Cour d'assises de la Vienne, dans son second arrêt, sans qu'elle se mît en contradiction avec le principe de la séparation des pouvoirs consacré par son premier arrêt; ici nous voulions seulement établir que le rôle joué sur ce point par le consentement de l'extradé s'explique autrement que par l'acquisition d'un droit qu'il n'aurait pas eu au jour de sa fuite et qu'il aurait conquis en passant la frontière.

Nous avons cru devoir insister sur ce premier motif de l'arrêt rendu par la Cour d'assises de la Vienne, en raison même de la gravité des autorités doctrinales qui, sur ce point, se sont prononcées en sens contraire.

C'est ainsi qu'un magistrat éminent, l'une des gloires de cette *Revue*, s'est prononcé en faveur du droit de l'extradé :

« Lorsqu'un Français, dit M. Faustin Hélie[1], réfugié en « pays étranger, a été réclamé par la France et lui a été livré, « ce prévenu traduit devant nos tribunaux, peut élever des « exceptions fondées, soit sur l'illégalité de l'acte qui l'a livré, « soit sur les termes restrictifs ou conditionnels de cet acte. »

M. Dalloz[2] dit aussi : « Il est reconnu que l'inculpé a le « droit de faire valoir l'exception qui peut résulter en sa fa- « veur, soit de l'illégalité, soit de l'irrégularité de l'extradi- « tion. »

M. Le Sellyer[3] s'exprime dans le même sens.

Certains arrêts de la Cour de cassation ont également reconnu ce droit aux extradés. Tels sont deux arrêts des 15 mars et 16 juin 1822 dont nous reparlerons à un autre point de vue. Tel aussi un arrêt du 18 mai 1838 (aff. N...[4]) portant que si l'exception tirée de l'illégalité de l'extradition ne doit exercer aucune influence sur l'arrêt de mise en accusation, elle peut

[1] *Traité de l'instruction criminelle*, t. II, p. 709.
[2] Répertoire, v° *Traité international*, n° 328.
[3] *Traité de droit criminel*, t. V, n° 1950.
[4] *Journal du droit criminel*, t. X, p. 162.

Digitized by Google

au contraire « être proposée devant la Cour d'assises saisie de l'accusation. »

Il est difficile de méconnaître que cette doctrine, sur le point qui nous occupe, n'ait aussi pour elle l'autorité de l'arrêt *Laugé*, rendu par la chambre criminelle de la Cour de cassation, le 9 mai 1845 [1], portant en termes exprès « que l'accusé « traduit devant la Cour d'assises de l'Ariége avait droit d'in- « voquer la nullité de l'acte par suite duquel il avait été arrêté « sur le territoire neutre de l'Andorre et livré à la justice fran- « çaise... »

Cette année 1845 fut féconde en décisions de la Cour suprême rendues en matière d'extradition, l'arrêt *Laugé* du 9 mai que nous venons de citer, l'arrêt *Wolf-Cromback* du 1er février que nous retrouverons en traitant la dernière question, l'arrêt *Bastianesi* du 31 juillet et l'arrêt *Grandvaux* du 1er septembre; nous parlerons de ces deux derniers arrêts en traitant de l'incompétence de la Cour. Mais nous devons reconnaître qu'aucun de ces trois arrêts ne contredit, sans toutefois la reproduire, la doctrine de l'arrêt *Laugé*, favorable au droit de l'extradé de saisir la Cour d'une exception fondée sur l'illégalité de l'acte qui l'a livré.

Le premier des arrêtistes cités comme ayant rapporté le troisième de ces arrêts, celui du 31 juillet 1845, *Bastianesi*, l'accompagne toutefois de la note suivante : « L'extradition tient à « l'exercice du droit de souveraineté; les formalités à observer « pour l'obtenir intéressent donc exclusivement le gouverne- « ment qui la réclame et le gouvernement à qui elle est de- « mandée. Dès l'instant que ceux-ci approuvent tout ce qui a été « fait, l'extradition se trouve régularisée, et l'accusé ne saurait « être reçu à se plaindre de l'inobservation de formes qui ont « été prescrites dans un tout autre intérêt que le sien [2]. »

Si la Cour suprême en 1845 ne tient pas encore elle-même ce langage, que le savant arrêtiste donne cependant pour commentaire à l'un des quatre arrêts par elle rendus dans le cours de cette année sur cette matière, elle-même ne va pas tarder à se prononcer dans le même sens d'une manière non moins précise.

[1] Sirey, 45, 1, 396; — Dalloz, 45, 1, 223; — Palais, 47, 1, 148.
[2] Sirey, 45, 1, 839; — Dalloz, 45, 1, 353; — Palais, 47, 1, 152.

Digitized by Google

Un arrêt du 11 mars 1847 (*Cruveillé*) porte : « Sur le se-
« cond moyen, tiré de ce que le demandeur s'étant refugié
« en pays étranger, il y aurait eu extradition avant toute mise
« en accusation, avant même toute prise de corps, attendu que
« Cruveillé *est sans qualité pour attaquer sous le rapport de la*
« *forme l'extradition dont il s'agit ;* attendu au surplus, d'après
« l'article 4 du traité du 25 mai 1838 entre la France et la
« Sardaigne, qu'il suffit, pour qu'il puisse y avoir extradition,
« qu'un mandat d'arrêt ou autre acte ayant la même force, ait
« été décerné contre l'individu poursuivi ; rejette [1]. »

Deux arrêts postérieurs de la chambre criminelle, sont encore plus formels, en ce sens que l'on pourrait peut-être concevoir dans l'arrêt de 1847 la pensée d'une distinction entre les moyens tirés de la *forme* et ceux tirés du *fond*, distinction que l'arrêt de 1847 lui-même n'a pas eu en vue, suivant toute vraisemblance, mais qui est radicalement exclue par ces nouveaux arrêts.

L'un, en date du 18 juillet 1851 (*Viremaitre*), dispose :
« Que l'accusé livré en vertu des traités d'extradition ou en
« vertu d'un acte de la volonté du gouvernement sur le terri-
« toire duquel il s'était refugié, *n'a aucun titre pour réclamer*
« *contre l'extradition autorisée par ce gouvernement* [2]. »

L'autre, en date du 23 décembre 1852 (*Dareau*), dispose que l'extradé « *est non recevable à arguer de nullité* » l'extradition dont il avait été l'objet [3].

Le motif déduit par la Cour d'assises de la Vienne du défaut de qualité de l'extradé pour critiquer l'illégalité prétendue de son extradition, est donc fondé en jurisprudence aussi bien qu'au point de vue rationnel et légal.

§ 2.

Incompétence de la Cour pour connaître de l'illégalité prétendue de l'extradition.

Le second motif invoqué par l'arrêt ci-dessus reproduit de la Cour d'assises de la Vienne en date du 3 décembre, est déduit

[1] Sirey, 47, 1, 397; — Dalloz, 47, 1, 94; — Palais, 47, 1, 397.
[2] Sirey, 52, 1, 157; — Palais, 53, 1, 451.
[3] Sirey, 53, 1, 400; — Palais, 53, 2, 525.

Digitized by Google

de l'incompétence de la Cour résultant du principe de la séparation des différentes branches de la puissance exécutive.

Ce principe « fondamental », suivant la juste expression de la Cour, s'étend à tous les organes de l'autorité judiciaire, à toutes les juridictions de l'ordre judiciaire. Les textes toujours debout de l'Assemblée constituante et de la Convention qui le consacrent (loi des 16-24 août 1790, titre 2, art. 13; — Constitution du 3 septembre 1791, titre 3, chap. V, art. 3; — Loi du 16 fructidor de l'an 3) n'admettent aucune distinction à ce point de vue entre les juridictions civiles, correctionnelles et criminelles. Ils défendent à tous *les juges de troubler de quelque manière que ce soit les opérations des autorités administratives;* ils défendent à tous *les tribunaux d'entreprendre sur les fonctions administratives;* c'est encore à tous *les tribunaux* qu'ils font *défenses itératives de connaître des actes d'administration de quelque espèce qu'ils soient.*

Les cours d'assises sont donc soumises, au même titre que les autres juridictions judiciaires, à l'observation de ces prescriptions.

Il y a toutefois une différence entre elles et les juridictions civiles et correctionnelles. L'administration est armée devant ces autres juridictions du droit d'élever le conflit pour maintenir la séparation de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire, toutes les fois que la seconde est saisie d'une question du ressort de la première. Pour empêcher le retour d'anciens abus, pour enlever à l'administration et au gouvernement toute occasion de s'immiscer dans l'application des lois répressives, sous le prétexte de revendiquer les questions préjudicielles qui seraient cependant de leur domaine, l'article 1er de l'ordonnance de 1828, pour le plus grand intérêt des accusés, a prescrit qu' « à l'avenir le conflit d'attribu- « tion ne serait jamais élevé en matière criminelle. »

Le respect du principe de la séparation des pouvoirs, le respect du domaine réservé à l'administration et au gouvernement, est donc entièrement abandonné à la conscience des magistrats des Cours d'assises, sous la seule réserve du pourvoi en cassation dans les conditions du Code d'instruction criminelle. L'obligation de déclarer eux-mêmes leur propre incompétence sur tous les incidents d'un débat criminel qui

Digitized by Google

les solliciterait à commettre un excès de pouvoir, n'en est que plus étroite.

C'est ce qu'a compris la Cour d'assises de la Vienne dans l'affaire Lamirande.

Son arrêt a très-exactement qualifié d'*actes de haute administration* et d'*actes de gouvernement*, d'une part les traités d'extradition, et d'autre part les actes d'exécution de ces traités.

Cette question de qualification est fort importante, car c'est suivant la nature de l'acte que le principe de la séparation des pouvoirs engendre ou non l'incompétence de l'autorité judiciaire.

La doctrine de la Cour de cassation a varié à ce point de vue de la qualification des traités d'extradition, de la détermination de leur nature.

Dans un de quatre arrêts rendus en l'année 1845, arrêt *Grandvaux* du 5 septembre [1], la Cour dit « que les traités « d'extradition régulièrement promulgués *sont des lois* spé- « ciales. »

Cette qualification du reste était conforme alors aux précédents de la Chambre civile et de la Chambre des requêtes en matière de traités diplomatiques de toute nature, ainsi que cela résulte notamment des deux arrêts rendus les 24 juin 1839 [2] et 11 août 1841 [3] dans la célèbre affaire *Fox, Napier et consorts C. duc de Richemont.* Dans ces arrêts la Cour donnait aussi la qualification de loi au néfaste traité du 30 mai 1814 et elle en tirait ainsi qu'il suit la conséquence : « Attendu « que les traités ne sont pas de simples actes administratifs, « mais qu'ils ont le caractère de *lois*, et ne peuvent être con- « séquemment *interprétés* et appliqués que par les autorités « chargées d'appliquer les lois. »

Sans contester que l'autorité judiciaire ne reste compétente pour statuer sur les questions d'état civil, de propriété, de succession, que peut soulever l'exécution de certains traités diplomatiques et qui sont le plus souvent réservées aux tribu-

[1] Sirey, 46, 1, 156; — Dalloz, 45, 1, 405; — Palais, 47, 1, 151.
[2] Sirey, 39, 1, 577; — Dalloz, 39, 1, 257; — Palais, 39, 2, 208.
[3] Sirey, 41 1, 847; — Dalloz, 41, 1, 336; — Palais, 41, 2, 554.

Digitized by Google

naux des deux pays par une disposition formelle du traité[1], cette qualification de *lois* donnée aux traités en général, et aux traités d'extradition en particulier nous semble inadmissible.

Nous nous associons entièrement à M. Trolley[2] lorsqu'il repousse cette qualification : « Sur quel texte ou sur quel « principe repose le système de la Cour de cassation ? Les « traités ne sont pas des actes législatifs ; ils sont l'œuvre du « pouvoir exécutif seul, partant ils sont des actes de haute « administration et non des lois. »

Du reste l'arrêt *Grandvaux* du 5 septembre 1845 tout en appliquant aux traités d'extradition cette qualification erronée de *lois*, *lois spéciales*, n'en avait pas déduit la conséquence et avait dit au contraire « que les restrictions de l'extradition, « leur appréciation et leur exécution tenant à l'*interprétation* « *des traités* rentrent dans le pouvoir du gouvernement du « roi. »

Aussi dans ses arrêts ultérieurs déjà cités et dont nous parlerons encore, 18 juillet 1851, 23 décembre 1852, 4 mai 1865, la Chambre criminelle de la Cour de cassation a-t-elle donné aux traités d'extradition une qualification en harmonie avec sa doctrine ; elle ne les appelle plus des *lois spéciales*, elle les appelle *des actes de haute administration*, ainsi que l'a fait la Cour d'assises de la Vienne.

Si les traités d'extradition sont eux-mêmes des actes de haute administration et non des lois, les actes qui interviendront pour leur exécution par rapport à chaque malfaiteur dont l'extradition sera demandée et consentie auront le même caractère, participeront de la même nature ; ce sont *a fortiori* des actes d'administration ou de gouvernement, comme l'a dit la Cour d'assises.

Or les conséquences les plus naturelles et les plus incontestables du principe de la séparation de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire, sont que cette dernière autorité doit s'abstenir : 1° d'annuler et même de censurer les actes administratifs ; 2° d'en apprécier la légalité et la régularité ;

[1] L'arrêt de la chambre civile du 15 juillet 1822, *dame Chausseaux-Grammont* c. *Cardon*, en offre un exemple (Sirey, Coll. nouv., 3, 1, 377).

[2] *De la hiérarchie administrative*, t. I, p. 161.

Digitized by Google

3° d'en apprécier le sens et la portée, c'est-à-dire de les interpréter.

Faire l'une de ces trois choses, serait de la part de l'autorité judiciaire commettre une violation flagrante du principe de la séparation et des textes qui le consacrent.

Annuler un acte administratif, ce serait à la fois troubler les opérations de l'administration, entreprendre sur les fonctions administratives et connaître des actes administratifs, toutes choses que prohibe expressément les trois textes de 1790, 1791 et de l'an 3.

Apprécier la légalité d'un acte administratif, pour arriver à l'annuler ou même seulement à le blâmer, serait tendre aux mêmes fins et produire un trouble non moins grand, une égale atteinte à l'indépendance nécessaire à l'administration du pays.

Enfin la faculté d'interpréter les actes de l'administration pourrait trop facilement servir de prétexte à l'effet d'en dénaturer l'esprit et la portée, pour qu'elle ne soit pas considérée comme constituant une entreprise interdite à l'autorité judiciaire par les textes qui la séparent de l'autorité administrative appartenant dans sa plénitude au chef de l'État.

Défense d'*annuler*, d'*apprécier* et d'*interpréter* les actes d'administration, voilà trois effets indiscutables du principe de la séparation des pouvoirs.

« La jurisprudence du conseil d'État, dit M. Dufour[1], a érigé « cette interdiction en règle positive par des décisions si nom- « breuses, et la Cour de cassation[2] elle-même se montre si « soumise à son empire qu'il n'y a plus à la contester. »

Cependant que demandaient à la Cour d'assises de la Vienne les conclusions principales posées au nom de Lamirande?

Elles lui demandaient : 1° d'interpréter le traité d'extradition de 1843 entre la France et la Grande-Bretagne; 2° d'apprécier la légalité et la régularité des actes en vertu desquels son extradition avait été demandée, obtenue et exécutée, par la décharge du fugitif que la police française avait donnée aux

[1] *Traité général de droit administratif appliqué*, 2e édit., t. I, p. 97.

[2] Depuis que le savant auteur écrivait ces lignes, la Cour de cassation a rendu de nouveaux arrêts dans le même sens, et notamment un arrêt du 25 février 1855 (*d'Uzès* c. *canal de Beaucaire;* Sirey, 55, 1, 802) et deux arrêts du 13 juillet 1859 (*la liste civile* c. *Boucg; la liste civile* c. *de Ségur;* Sirey, 59, 1, 858).

Digitized by Google

agents britanniques, et par la remise que le gouvernement français en avait fait aux autorités judiciaires de la Vienne; et tout cela pour aboutir : 3° à prononcer la nullité de l'extradition; toutes choses que nous venons de voir formellement interdites à l'autorité judiciaire.

L'interdiction faite aux tribunaux d'*apprécier* et d'*interpréter* les actes de l'administration, a pour contre-partie le droit exclusif de l'autorité administrative ou gouvernementale d'apprécier elle-même la régularité de ses actes et d'en faire elle-même l'interprétation; *Cujus est condere ejusdem est interpretari.*

Ce pouvoir exclusif de l'administration d'*apprécier* et d'*interpréter* elle-même ses actes, n'interdit pas seulement toute immixtion de cette sorte aux tribunaux de l'ordre judiciaire, il l'interdit même aux tribunaux administratifs, lorsqu'il s'agit de traités diplomatiques et de tous actes internationaux ou gouvernementaux.

On ne peut même discuter le sens, la portée, la légalité, la régularité de ces actes de souveraineté ou de haute administration devant le conseil d'Etat délibérant au contentieux.

La jurisprudence du conseil d'État s'est invariablement prononcée en ce sens à toutes les époques, sur toutes les questions qui se rattachent à l'exercice du pouvoir souverain ou qui tiennent aux relations internationales, en décidant qu'elles ne sont pas de nature à être portées devant le conseil d'Etat statuant au contentieux [1].

Ici la règle consistant à fermer le recours au conseil d'État, même à des droits véritables qui se prétendent lésés, est bien plus grave que celle qui arrache aux prétoires de l'autorité judiciaire la discussion des mêmes actes, car il s'agit du conseil d'État, et le conseil d'État n'a pas de pouvoir propre, il n'est que l'auxiliaire de la justice *retenue* par le chef de l'État.

Il n'importe ! les actes qui se rattachent aux relations internationales, au gouvernement politique de l'État doivent être

[1] V. notamment dans Lebon, à leur date, 1er mai 1822, *Lafitte;* 22 novembre 1826, *Ambron;* 6 décembre 1836, *Coën-Bacry;* 5 décembre 1838, *duchesse de Saint-Leu;* 7 mars 1838, *Ben-Merdolay;* 22 août 1839, *héritiers de Napoléon;* 5 janvier 1847, *Courson;* 18 janvier 1851, *Despouy;* 1er février 1854, *Lucas;* 31 décembre 1861, *Corso;* 4 juillet 1862, *Simon.*

Digitized by Google

soustraits aux inconvénients et aux dangers d'une discussion publique.

La compétence du conseil d'État ne se heurterait pas cependant, comme celle des tribunaux judiciaires au principe de la séparation des pouvoirs, puisque ce grand corps fait partie de l'organisation administrative, au sein de laquelle il occupe une si large place.

Il n'importe! A défaut du principe de la séparation des pouvoirs, c'est la raison d'État qui fait obstacle au recours contentieux, toutes les fois qu'il s'agit d'actes internationaux ou qui se rattachent à l'exercice du pouvoir souverain. Un seul recours est ouvert, celui que l'article 29 de la constitution permet de porter au Sénat contre tous les actes, mais seulement pour inconstitutionalité.

C'est donc par *à fortiori* que l'autorité judiciaire, incompétente pour apprécier et pour interpréter un acte administratif ordinaire, se trouve incompétente pour interpréter des traités et pour apprécier des actes internationaux.

Pour elle ne peut-on pas dire qu'il y a tout à la fois pour faire obstacle à sa compétence, et le principe de la séparation des pouvoirs, et la raison d'État?

A ces deux raisons de décider il faut encore ajouter, et cela a été dit avec grande raison dans l'affaire Lamirande par l'organe du ministère public, l'impuissance irrémédiable dont serait frappé, au point de vue de son exécution, tout arrêt de Cour d'assises qui, suivant cette voie, annulerait une extradition. Il ne pourrait qu'ordonner la mise en liberté de l'extradé, et cette mise en liberté serait un piége puisqu'il pourrait être régulièrement arrêté sur le sol de la France. Pour que son arrêt pût avoir quelque force d'exécution, il faudrait qu'il eût le droit de faire reconduire l'extradé à la frontière, et nul n'a pu rêver pour l'autorité judiciaire une pareille immixtion dans des mesures de police du ressort exclusif de l'administration. Il suffit de jeter les yeux, à titre d'exemple, sur l'article 272 du Code pénal et les arrêts de la Cour suprême qui en ont fait l'application [1].

[1] Les tribunaux excèdent leurs pouvoirs lorsqu'ils ordonnent qu'un vagabond étranger sera reconduit aux frontières; à l'autorité administrative seule il appartient de prescrire cette mesure (Cassation, 9 septembre 1826,

Digitized by Google

Désormais il est surabondant de dire que nous adhérerions entièrement à ce considérant de l'arrêt de la Cour d'assises de la Vienne : « Attendu que le principe fondamental de la sé« paration des pouvoirs s'oppose à ce que la justice française « puisse s'immiscer dans l'interprétation et l'application des « actes de gouvernement qui livrent les accusés à sa juridic« tion », s'il n'y avait un mot mis pour un autre? C'est là que se produit l'unique réserve que nous avons dû faire dès le principe à notre entière approbation de cet arrêt?

Ce mot qui nous déplaît (nous en demandons pardon à la Cour), c'est le mot *application*. Comment donc Messieurs de la Cour auraient-ils pu rendre leur second arrêt du 3 décembre sans se contredire et sans violer le principe de la séparation des pouvoirs, dont ils s'inspirent si bien, si la Cour n'avait pas eu le droit et le devoir d'appliquer les traités et les actes d'exécution émanés du gouvernement? Il ne s'agissait pas ici, au point de vue de la demande en nullité de l'extradition, il ne s'agissait pas d'*application*, mais bien d'*interprétation* et d'*appréciation*, deux choses effectivement interdites aux magistrats par le principe de la séparation des pouvoirs, tandis que l'application leur est, non-seulement permise, mais prescrite.

Du reste, il nous semble résulter de la contexture de la phrase, lorsqu'on ne se borne pas à une première lecture, que la Cour a voulu parler, d'une part de l'*interprétation* du traité, et d'autre part de l'*application* qui en a été faite par la France et la Grande-Bretagne au sujet de l'extradition de Lamirande, c'est-à-dire des actes particuliers d'exécution du traité, actes dans lesquels la Cour dirait alors avec raison qu'elle n'a pas le droit de s'immiscer.

En un mot, la Cour n'a pas dit qu'elle fût incompétente pour *appliquer* le traité et les actes d'exécution du traité (ce qui serait une hérésie), mais elle a dit qu'elle était incompétente pour s'immiscer dans l'*interprétation* du traité et dans l'*application* qui en a été faite par les deux gouvernements de France et d'Angleterre, ce qui revient à dire qu'il lui est interdit :

6 décembre 1832, 15 juin 1837). A plus forte raison en est-il de même lorsqu'il s'agit d'un Français auquel l'article 272 n'est pas même applicable par le gouvernement.

Digitized by Google

1° d'interpréter le traité; 2° d'*apprécier* l'exécution qu'il a reçue, c'est-à dire les actes du gouvernement relatifs à l'extradition de Lamirande.

Si donc nous saisissons bien la pensée de la Cour, l'arrêt serait parfaitement conforme à la théorie que nous venons d'exposer, et le mot dont il s'agit aurait seulement le tort de donner trop facilement prise à une équivoque.

Cet arrêt, ainsi entendu, est en harmonie avec la jurisprudence, et c'est avec grande raison que la dépêche ministérielle du 25 novembre 1866 a constaté que « les tribunaux français sont incompétents, *d'après une jurisprudence constante*, pour résoudre ces questions diplomatiques... »

Nous ne trouvons en effet aucun arrêt dans le sens de ce prétendu droit qu'aurait eu la Cour d'assises d'interpréter le traité d'extradition, d'apprécier la légalité et la régularité des actes d'exécution dont il a été l'objet en ce qui concerne Lamirande, et d'annuler son extradition; pas même l'arrêt *Laugé* du 9 mai 1845 qui peut tout au plus, en ce qui concerne la compétence de la Cour, être invoqué dans la question de sursis, mais qui ne contient aucune disposition favorable au droit d'annuler l'extradition.

Un des autres arrêts rendus cette même année, l'arrêt *Bastianesi*, du 31 juillet 1845, en rejetant le pourvoi contre l'arrêt de la Cour d'assises de la Corse qui avait refusé d'annuler l'arrestation de l'accusé et d'ordonner qu'il serait remis en état de liberté sur le territoire sarde, constate « que la remise « de Bastianesi à l'autorité française et l'arrestation qui s'en « est suivie ont été approuvées expressément par le gouverne- « ment français et implicitement par le gouvernement sarde. »

Déjà on trouvait, dans le même ordre d'idées, un arrêt du 16 septembre 1841 (dont nous avons déjà cité l'espèce en note des développements par nous donnés à l'examen de l'extradition de Lamirande); cet arrêt décide « que les tribunaux français « n'ont pas à s'enquérir des motifs qui ont déterminé une « extradition. »

L'arrêt *Viremaître*, du 18 juillet 1851, s'exprime d'une manière plus précise encore en disant que « les traités d'extra- « dition sont des actes de haute administration intervenus entre « deux puissances et que ces puissances seules peuvent, de « concert, expliquer ou interpréter; qu'il n'appartient en au-

Digitized by Google

« cune manière à l'autorité judiciaire de s'immiscer dans ces « explications ou interprétations... »

L'arrêt *Dareau*, du 23 décembre 1852, porte aussi « que les « conventions d'extradition des malfaiteurs sont des mesures « de droit public et de haute administration dont les puissances « contractantes sont seules juges et qu'elles seules peuvent « interpréter. »

Enfin l'arrêt *Chardon* du 4 mai 1865 dont nous avons reproduit la première moitié en note de la première partie de ce travail porte : « que ces actes de haute administration (les « conventions d'extradition) généralement motivés sur des « nécessités ou même de simples convenances internatio- « nales, échappent à toute appréciation et à tout contrôle de « l'autorité judiciaire, qui n'a pas à s'enquérir des motifs qui « ont déterminé l'extradition... »

Des circonstances de fait fort singulières ont appelé le Conseil d'État, en 1836, à se prononcer sur le même point, non plus seulement en ce qui concerne la règle générale suivant laquelle les actes diplomatiques ne peuvent donner lieu au contentieux administratif, mais sur le point de savoir quelle est la compétence de l'autorité judiciaire en matière d'extradition.

Le gouvernement français avait, sur la demande du gouvernement de Sa Majesté catholique, ordonné l'extradition de plusieurs espagnols réfugiés en France, et entre autres du nommé *Casado*. Mais au moment où celui-ci allait être livré, un Français, le sieur Boidron, créancier de Casado, nanti d'un jugement prononçant la contrainte par corps et l'exécution provisoire, prétendit retenir son débiteur dans les prisons de France et le recommanda au concierge de la maison d'arrêt d'Orthez.

Le tribunal d'Orthez fut alors saisi par Boidron d'une demande en homologation de cette recommandation et tendant à ce que Casado fût retenu en prison nonobstant tout ordre d'extradition. Ce tribunal rejeta un déclinatoire d'incompétence présenté par le préfet des Basses-Pyrénées, qui éleva le conflit d'attribution.

Dans ces circonstances fut rendu l'arrêt du conseil du 2 juillet 1836, qui vise les lois des 24 août 1790 et 21 fructidor an 3, approuve l'arrêté de conflit et déclare non avenus les

Digitized by Google

assignations données au nom de Boidron et le jugement du tribunal d'Orthez, par le motif « que la demande avait pour « objet de soumettre à l'autorité judiciaire l'appréciation d'un « acte de haute administration fait en vertu d'un traité diplo- « matique, et qu'une question de cette nature ne pouvait, dès « lors, être soumise à l'autorité judiciaire[1]. »

Ainsi la jurisprudence du Conseil d'État et celle de la Cour de cassation sont en complète harmonie. Les situations ne sont pas les mêmes, et ne peuvent être les mêmes en raison de l'interdiction d'élever le conflit en matière criminelle, mais les raisons de décider sont identiques et elles revêtent la même forme dans les arrêts du Conseil et dans ceux de la Cour suprême.

La doctrine parle à ce point de vue, comme la jurisprudence administrative et judiciaire, par l'organe de M. Faustin Hélie[2] : — « L'extradition constitue à la fois une convention entre « deux nations soumises aux règles du droit des gens et un acte « de haute administration de la part de chacun des deux gou- « vernements qui l'ont consentie. Sous ces deux rapports il ne « peut être permis aux juges d'en apprécier les termes et de « les interpréter. Comme convention c'est aux deux gouverne- « ments signataires qu'il appartient de l'expliquer; comme « acte administratif c'est au pouvoir exécutif dont il émane « dans chacun des deux pays qu'il appartient d'en fixer le « sens. Les traités et les conventions diplomatiques seraient-ils « donc soumis à leur sanction? Pourraient-ils, sans excès de « pouvoir, déclarer que tel a été le sens de telle convention, « que telle doit être sa limite? Ils pourraient donc aussi dé- « clarer une clause, une extradition illégale, et l'annuler? « Et puis quels seraient les résultats de leurs décisions? « Feraient-ils reconduire à la frontière le Français irrégu- « lièrement livré à la France? Mais en vertu de quelle dis- « position de loi? Où puiseraient-ils leur pouvoir? »

Nous ne pouvions mieux résumer ce point de droit, qu'en empruntant cette page à l'éminent criminaliste.

Nous avons insisté sur la démonstration de cette incompé-

[1] Lebon-Macarel, 1836, 330; — Dalloz Alph., v° *Traité intern.*, n° 325, note.

[2] *Traité de l'instruction criminelle*, t. II, p. 712.

Digitized by Google

tence de la Cour d'assises pour interpréter les traités d'extradition et apprécier les actes administratifs accomplis afin de ramener ces traités à exécution, parce que les motifs de cette incompétence ne nous paraissent pas se borner à interdire à la Cour d'assises le droit de blâmer ou d'annuler une extradition; suivant nous la logique des mêmes principes veut que l'on fasse un pas de plus, et nous avons à féliciter la Cour d'assises de la Vienne d'avoir également su le faire dans son premier arrêt. THÉOPHILE DUCROCQ.

(*La suite à une autre livraison.*)

DISTINCTION DES SERVITUDES PRÉDIALES EN DROIT ROMAIN,

Par M. E. MACHELARD, professeur à la Faculté de droit de Paris.

(*Suite* [1].)

36. L'intérêt qui s'attachait dans la législation romaine à la distinction des servitudes prédiales en rustiques et urbaines était analogue à celui qu'offre dans notre droit actuel la division tirée de la continuité ou de la discontinuité. Il fallait rechercher à quelle classe appartenait la servitude, pour décider, soit de quelle manière elle pourrait se constituer, soit d'après quelles règles elle pourrait s'éteindre. Nous trouvons en outre un autre point de vue, sous lequel il paraît encore que les jurisconsultes romains avaient jugé à propos de séparer les servitudes rustiques des servitndes urbaines, savoir quant à la possibilité de faire d'une servitude l'objet d'un *pignus* ou d'une *hypotheca*. Nous nous occuperons d'abord de cette dernière différence, qui devait être assurément en pratique de bien peu d'importance, et qui a été justement repoussée dans le droit moderne. L'extension à cette matière de la faculté d'hypothéquer semble, en effet, être incompatible avec les principes

[1] V. *Revue*, t. XXIX, p. 248.

Digitized by Google

essentiels des servitudes. Aussi verrons-nous que ce n'était qu'improprement qu'on pouvait dire chez les Romains qu'il y avait une servitude constituée en *pignus* ou *hypotheca*.

37. Les seuls textes qui fassent mention de cette différence sont la loi 11, § 3, et la loi 12, D., *De pign. et hyp.* Dans le premier de ces fragments emprunté à Marcien, l'impossibilité d'un *pignus*, et conséquemment d'une *hypotheca*, est établie positivement à l'égard des servitudes urbaines : « *Jura præ-* « *diorum urbanorum pignori dari non possunt. Igitur nec* « *convenire possunt ut hypothecæ sint.* » Les compilateurs ont fait suivre immédiatement cet extrait des œuvres de Marcien d'un passage de Paul, qui regarde au contraire comme valable une convention de *pignus* à l'occasion des servitudes qui figurent ordinairement à titre d'exemple des servitudes rustiques; il y a, dit le jurisconsulte, avantage à admettre cette validité : « *Sed an viæ, itineris, actus, aquæductus pignoris conventio* « *locum habeat, videndum esse Pomponius ait ut talis pactio fiat* « *quamdiu pecunia soluta non sit eis servitutibus creditor utatur,* « *scilicet si vicinum fundum habeat, et si intra diem certum* « *pecunia soluta non sit vendere eas vicino liceat. Quæ sententia* « *propter utilitatem contrahentium admittenda est.* »

38. Ainsi, quand un créancier avait un fonds voisin de celui de son débiteur, il était permis, dans les idées romaines, de convenir qu'un droit de passage (avec la portée différente indiquée par les expressions *iter*, *actus*, *via*) ou un droit d'aqueduc serviraient de gage pour l'acquittement d'une dette. En ce cas, le créancier jusqu'à l'échéance exerçait le passage, ou usait de l'eau dans l'intérêt de son fonds; à défaut de payement au jour fixé, le créancier se procurait de l'argent en vendant la servitude à un voisin. — Prenons garde que cette condition d'avoir un héritage voisin n'était requise chez le créancier qu'autant qu'il s'agissait de la *conventio pignoris*, pour laquelle une mise en possession était exigée; dans l'espèce, la possession consistait dans l'usage du droit de passage ou de prise d'eau au profit du fonds propre au créancier, et en attendant le terme fixé pour le payement. Il n'y avait là cependant qu'une situation provisoire, et la servitude dont le prix devait servir à désintéresser le créancier n'apparaissait en réalité qu'au moment où celui-ci s'arrangeait avec un acheteur pour le fonds duquel se trouvait établie la servitude dont la constitution

Digitized by Google

avait été autorisée à titre de *pignus* par le débiteur. C'était là le but véritable de la convention en définitive; et dès lors l'utilité de cette convention se conçoit très-bien, quoiqu'elle intervînt avec un créancier dépourvu de tout héritage voisin. Seulement, vis-à-vis d'un pareil créancier, il ne fallait pas songer à un *pignus* proprement dit, puisqu'ici il n'y aurait pas eu moyen de créer un état de possession. Mais du moins il n'y avait aucun obstacle à la conclusion d'une convention d'hypothèque, pour laquelle l'avantage d'une possession conférée au créancier était inutile. Quand il y avait engagement d'une servitude, la sûreté fournie au créancier ne consistait point dans la valeur vénale d'une servitude déjà constituée au moment de l'engagement, mais dans le profit pécuniaire à retirer de la faculté de concéder *in futurum* sur le fonds du débiteur telle ou telle servitude en faveur d'un acquéreur inconnu à l'avance. Au point de vue de l'*hypotheca*, la condition pour le créancier d'être propriétaire d'un fonds voisin était donc tout à fait indifférente, puisque ce n'était pas au profit d'un immeuble appartenant au créancier que devait être constituée la servitude à intervenir. Il suffisait, en effet, de trouver un propriétaire voisin qui pût s'accommoder de la servitude en question; et il est clair que pour trouver quelqu'un à la convenance duquel fût la chose à vendre, il importait peu que le créancier fût ou non propriétaire d'un fonds avoisinant celui qui était destiné à jouer le rôle de fonds servant.

39. On voit que, entendue de la sorte, la faculté d'hypothéquer, dans son application aux servitudes, ne confère nullement au créancier le droit de détacher du fonds dominant une servitude déjà constituée pour la transporter à prix d'argent au propriétaire d'un autre fonds. Une semblable opération est impossible, puisque toute servitude prédiale est une qualité de l'héritage dominant auquel elle est inséparablement unie. Quand une servitude existe, elle augmente la valeur du fonds dominant; celui-ci étant hypothéqué, elle sera sans doute vendue en même temps que le fonds dont elle est une dépendance; et, suivant son importance, elle formera un élément plus ou moins considérable dans le prix obtenu par le créancier hypothécaire. Mais on ne saurait évidemment admettre qu'un débiteur, propriétaire d'un fonds jouissant d'une servitude, autorisât son créancier à distraire cette servitude de

Digitized by Google

l'héritage auquel elle appartient pour en faire l'apanage d'un autre héritage. Ce serait anéantir la servitude primitive pour la remplacer par une servitude différente, transformation qui excède les droits du propriétaire dominant, et qui ne serait praticable qu'avec l'agrément du propriétaire du fonds servant. Il ne faut donc pas s'y tromper : là où chez les Romains l'*hypotheca* avait pour objet une servitude, la chose à vendre était une *res futura*, n'ayant pas encore d'existence au moment de la convention d'hypothèque, et qui ne prenait naissance qu'à la suite d'une vente opérée à son profit par le créancier agissant en vertu de la faculté qui lui avait été concédée par le débiteur propriétaire de l'immeuble à grever. Par l'effet de ce contrat, l'acheteur avait le droit d'obtenir l'exécution de la vente, comme si elle eût été consentie personnellement par le propriétaire. C'est alors seulement qu'il pouvait être question d'une servitude, parce qu'alors seulement on connaissait l'un des deux termes du rapport entre héritages appelé servitude, c'est-à-dire le fonds dominant. Il fallait de plus pour la constitution de la servitude une quasi-tradition, ce qui aurait été suffisant *jure prætorio*; la servitude n'aurait existé *jure civili* qu'au moyen d'une *mancipatio* ou d'une *in jure cessio* effectuée par le débiteur. La circonstance qu'un *pignus* aura pu être établi, si par hasard le créancier était propriétaire d'un héritage voisin, ne modifie en rien le résultat définitif, qui sera toujours une vente dont l'exécution amènera la création d'une servitude en faveur du fonds de l'acheteur qui se présentera, servitude tout autre que celle qui aura été exercée intérimairement jusqu'à l'échéance de la dette au profit du fonds propre au créancier. Sans doute la possession conférée au créancier gagiste ne portait pas sur l'objet même du *pignus*, tel qu'il se produisait postérieurement à la vente; mais, étant admise la possibilité d'*engager* une servitude, on procédait comme on pouvait, par mode d'approximation, parce qu'il n'y avait pas moyen de faire autrement.

40. Si l'on veut maintenant apprécier l'opportunité de cette espèce d'hypothèque, qui avait été admise, prétend-on, *propter utilitatem contrahentium*, on a peine à comprendre que les Romains aient imaginé qu'un pareil expédient constituât un sérieux moyen de crédit. Il n'y a là, à notre gré, qu'une conception malheureuse, également désastreuse pour les intérêts

Digitized by Google

du créancier et pour ceux du débiteur. Le créancier tirera, en général, un faible parti de la faculté qu'il a reçue de vendre une servitude, la valeur vénale de toute chose dépendant du nombre de personnes qui peuvent avoir besoin de la marchandise. Ici la chose à vendre est telle que la concurrence entre acheteurs sera toujours extrêmement limitée. La servitude offerte ne sera à la convenance que de très-peu de gens, peut-être d'un seul propriétaire qui sera en mesure de faire la loi au vendeur et d'obtenir la servitude à très-bas prix. D'un autre côté, le débiteur verra sa propriété subir un avilissement considérable peut-être, sans être dédommagé suffisamment. S'il eût été maître de vendre, il n'aurait grevé son fonds que moyennant une juste indemnité. Mais peu importe au créancier la dépréciation de l'immeuble à assujettir, dépréciation qui frappera sur la masse des créanciers. Ce qu'il lui faut, c'est obtenir un prix qu'il ait le droit de prendre seul; et il a encore avantage à se soumettre aux exigences de l'acquéreur unique qu'il pourra rencontrer plutôt que de laisser son hypothèque improductive. Tolérer de semblables arrangements, c'est autoriser le gaspillage de la propriété, en permettant sans compensation raisonnable la création de droits réels fort onéreux la plupart du temps pour l'avenir du fonds servant [1].

[1] Le droit romain admettait aussi l'hypothèque à l'égard d'un usufruit, non-seulement de la part de l'usufruitier, ce qui est également autorisé par notre législateur, mais encore de la part du plein propriétaire (*sive dominus proprietatis convenerit*, voir L. 11, § 2, D., *De pign. et hyp.*). Dans cette dernière hypothèse, l'usufruit était-il établi dès l'origine en faveur du créancier, avec faculté pour celui-ci, à défaut de payement, de transférer à un autre moyennant un prix l'exercice de son droit; ou bien l'usufruit n'apparaissait-il qu'à la suite d'une vente effectuée par le créancier, de façon à être assis sur la tête de l'acheteur? Nous croyons que les deux procédés étaient possibles suivant l'intention des parties, et qu'une législation, qui ne reculait pas devant cette idée que le débiteur pouvait se dessaisir au profit d'un créancier de la faculté de constituer une servitude prédiale, aurait traité de la même manière la concession du droit de créer un usufruit. Nous n'avons pas besoin de faire remarquer que ce genre d'hypothèque d'un usufruit ne serait pas praticable dans notre législation. Qui ne voit, en effet, que le mode de vente exigé chez nous pour liquider l'objet hypothéqué, par voie d'enchères, ne serait pas applicable là où la chose vendue n'a pas une valeur égale pour tout acheteur? Si l'on mettait en vente un usufruit à venir, dont le titulaire serait l'adjudicataire, il n'y aurait pas d'enchères possibles, l'appréciation du droit qui va naître devant être fort

Digitized by Google

41. Quelque condamnable que soit d'une façon absolue la faculté d'hypothéquer portant sur une servitude à créer, nous voyons du moins que les Romains n'avaient validé une convention de cette nature qu'à l'égard des servitudes rustiques, et qu'elle était interdite quant aux servitudes urbaines. Tandis que relativement à ces dernières la proscription est établie sans aucune restriction dans la loi 11, § 3, nous savons par la loi 12 que l'hypothèque était envisagée comme licite pour les servitudes rurales, notamment pour les différents droits de passage et pour le droit d'aqueduc, servitudes qui dans les œuvres des jurisconsultes ouvrent habituellement la liste des servitudes rurales. Voudra-t-on induire de ces deux textes que, contrairement à notre prétention, les servitudes mentionnées dans la loi 12 ne se prêtent pas au caractère urbain, puisqu'elles admettent l'hypothèque dont les *jura prædiorum urbanorum* sont déclarés n'être pas susceptibles? Nous ne reviendrons pas sur ce que nous avons dit précédemment pour démontrer que des textes positifs autorisaient l'existence desdites servitudes à titre de servitudes urbaines. Seulement il n'y a là qu'un accident, une situation exceptionnelle; il n'est pas douteux en effet que les droits en question étaient bien plus souvent créés pour l'utilité de *prædia rustica*. D'un autre côté, toutes les servitudes ne s'accommodent pas également à rentrer dans l'une ou dans l'autre classe, et l'on ne saurait nier que la plupart des servitudes urbaines (par exemple les servitudes *tigni immittendi*, *oneris ferendi*, *stillicidii vel fluminis recipiendi*) ne peuvent se concevoir qu'existant au profit de bâtiments, et exclusivement à l'état de servitudes urbaines. A nos yeux, la prohibition de l'hypothèque à l'égard de certaines servitudes n'a trait qu'à celles qui sont forcément urbaines. Sur quoi repose effectivement la distinction faite par la doctrine romaine, qui, en matière de servitudes, tantôt admet l'hypothèque, tantôt la repousse? Elle tient assurément à ce que l'hypothèque ne paraissait pouvoir atteindre son but qu'autant que la réalisation de la vente d'une servitude se présentait avec quelque chance de succès, et que l'on pouvait compter que la chose à vendre trouverait divers preneurs. Or la facilité de

différente selon que l'adjudicataire serait plus jeune ou plus âgé, doué d'une santé plus ou moins robuste.

Digitized by Google

vendre, quelque étroite qu'elle restât même pour les servitudes aptes au caractère rural, disparaissait complétement quand il s'agissait de servitudes nécessairement urbaines; et c'est uniquement pour celles-ci que l'hypothèque était écartée. S'il est vrai qu'il est permis d'espérer raisonnablement qu'on rencontrera des acheteurs pour une servitude qui convient aux propriétaires de *prædia rustica*, comme une servitude de passage ou de prise d'eau, pourquoi restreindre le marché déjà si resserré dans cette affaire, en excluant un prétendant qui pourrait utiliser la servitude objet de l'hypothèque pour l'attacher à un *prædium urbanum?* Ainsi un débiteur, qui possède une source abondante, a eu l'idée, comme le permettait la législation romaine, d'hypothéquer cette valeur, en autorisant son créancier à vendre une servitude d'aqueduc assise sur cette source. A quoi bon restreindre la valeur d'un gage déjà si précaire par sa nature, en décidant que la servitude ne pourra être cédée qu'à la condition de servir à l'irrigation d'un *prædium rusticum*, et pourquoi ne pourrait-on accueillir les offres du propriétaire d'une maison qui se proposerait d'acquérir le droit de prise d'eau pour défrayer les besoins des habitants de sa maison, hypothèse où la servitude constituerait, à notre gré, un *jus prædii urbani?*

42. Il n'y a donc aucune objection à tirer contre notre système de la différence observée en droit romain quant à la faculté d'hypothéquer les servitudes. Nous sommes du reste persuadé qu'il devait se trouver bien rarement un créancier disposé à faire crédit en vue d'une servitude qu'il pourrait vendre. Ce n'était point là, on peut l'assurer, le côté utilement pratique de la distinction des servitudes en urbaines et rurales. Attachons-nous particulièrement à examiner la diversité des règles qui existaient quant aux modes de constitution ou d'extinction des servitudes.

43. *Constitution des servitudes.* — Il faut se rappeler ici l'importance attribuée dès les premiers temps de la législation romaine aux servitudes qui avaient pour but de faciliter l'exploitation des biens ruraux, importance qui valut aux servitudes ayant cette destination d'être mises au nombre des *res mancipi*, tandis que les servitudes établies pour l'utilité des bâtiments n'obtinrent pas la même distinction. Gaïus, *Comm.*, II,

Digitized by Google

§ 17, Ulpien, *Reg.*, tit. 19, § 1, nous apprennent que parmi les servitudes celles dites *jura prædiorum rusticorum* étaient les seules qui fussent considérées comme étant *res mancipi*[1]. De là cette conséquence que celui qui voulait grever son fonds d'une servitude rurale pouvait employer le procédé de la *mancipatio* tout aussi bien que celui de l'*in jure cessio;* cette alternative n'existait pas, au contraire, s'il s'agissait de créer une servitude urbaine. C'est la remarque faite par Gaïus, II, 29 : « *Sed jura prædiorum urbanorum in jure tantum cedi possunt;* « *rusticorum vero etiam mancipari possunt*[2]. » Il en résultait que l'aliénation d'une servitude rurale présentait plus de facilité que celle d'une servitude urbaine; la mancipation n'exigeait, en effet, que la présence de cinq citoyens; pour accomplir une *in jure cessio* il y avait nécessité d'aller trouver le magistrat, qu'on n'avait pas toujours sous la main. Aussi Gaïus, II, 25, nous dit-il que toutes les fois que l'objet à aliéner se prêtait à une mancipation, on recourait habituellement à ce mode comme plus aisé que celui de l'*in jure cessio.* « *Plerumque tamen et fere semper mancipationibus utimur : quod*

[1] Nous ne pouvons nous empêcher, en revenant sur un argument déjà présenté, de faire remarquer que le passage d'Ulpien, consacré à l'énumération des *res mancipi*, distingue très-nettement en quoi consistent les *prædia*, soit *rustica*, soit *urbana* : « *Prædia... tam rustica, qualis est fundus, quam urbana, qualis domus.* » Or supposez un droit de passage ou d'aqueduc constitué au profit d'un bâtiment, l'héritage dominant n'en reste pas moins un *prædium urbanum.* Comment concevoir cependant qu'il y ait alors une qualité avantageuse pour un *prædium rusticum*, par suite un *jus prædii rustici*, une *servitus fundo rustico debita?*

[2] L'exclusion de la mancipation n'était vraie, du reste, qu'autant qu'il était question de consommer l'aliénation d'une servitude urbaine, en faisant entrer dans le patrimoine d'un autre ce démembrement de la propriété. Dans l'hypothèse où le propriétaire d'un héritage aurait voulu, lors de l'aliénation de cet héritage, retenir sur celui-ci une servitude urbaine, il aurait pu aboutir à ce résultat au moyen d'une mancipation de son *prædium*, réserve faite de la servitude à créer. Ce qui était aliéné alors, c'était le *prædium* moins la servitude; il y avait par conséquent transmission d'une *res mancipi*. Quant à la servitude retenue, il n'y avait aucune acquisition effectuée; c'était une part de la propriété qui échappait à l'aliénation, et sur laquelle ne portait pas la mancipation. L'observation faite par Gaïus, II, 33, relativement à la possibilité de faire naître un usufruit, chose également *non mancipi*, quand la nue propriété étant aliénée l'usufruit reste sur la tête de l'aliénateur, cette observation est parfaitement applicable à l'occasion d'une servitude urbaine.

Digitized by Google

« *enim ipsi per nos præsentibus amici agere possumus, hoc non* « *est necesse cum majore difficultate apud Prætorem aut apud* « *Præsidem provinciæ quærere.* »

44. Pour quel motif les servitudes urbaines étaient-elles exclues de la mancipation admise pour les servitudes rurales? Il est évident que ce problème ne peut se résoudre à l'aide de cette circonstance que la servitude urbaine réveillerait l'idée de constructions, ou impliquerait la nécessité d'un état quelconque de la superficie, toutes les portions du sol italique, bâties ou non, plantées ou non, rentrant dans la classe des *res mancipi*. La seule explication possible doit être empruntée à l'ancienneté relative des deux sortes de servitudes. L'existence de droits de cette nature fut admise de bonne heure comme moyen de favoriser la culture, d'améliorer un *prædium rusticum*. Quant à la constitution de servitudes au profit de bâtiments, des *ædificia*, des *prædia urbana*, elle ne fut sans doute autorisée que plus tard; dans tous les cas, cet élément de patrimoine ne fut pas jugé digne d'être mis au nombre des *pretiosores res*, des *res mancipi*[1].

45. Quel que soit, du reste, le système que l'on adopte pour discerner les deux classes de servitudes, il est incontestable que l'admission pour les unes, le rejet pour les autres de la mancipation ne tenait pas à des caractères particuliers inhérents à la nature même de la servitude, puisque la distinction a survécu à l'emploi de la mancipation. On peut bien s'étonner de voir des choses incorporelles, des *jura* figurer au nombre des *res mancipi*, exception notée par Gaïus, II, 17; en effet, suivant le même auteur, I, 121, le procédé de la mancipation suppose un objet susceptible d'être appréhendé de la part de l'acquéreur : « *Adeo quidem ut eum qui mancipio accipit ad-* « *prehendere id ipsum quod ei mancipio datur necesse sit : unde*

[1] On peut même conjecturer que dans l'origine les servitudes rurales en usage étaient peu variées, et qu'elles consistaient uniquement dans les divers droits de passage et dans l'aqueduc, ce qui rendrait compte de l'habitude des jurisconsultes romains de ne citer que l'*iter*, l'*actus*, la *via* et l'*aquæductus* dans la liste des *res mancipi*. Aussi voyons-nous qu'il y eut quelque hésitation à admettre sur la même ligne les droits de puisage, de pacage, d'abreuvage, comme le prouve la loi 1, § 1, D., *De serv. præd. rust.*, reproduite aux Institutes, liv. II, tit. 3, § 2, ces différents droits n'ayant été vraisemblablement mis en pratique qu'à une époque plus récente.

Digitized by Google

« *etiam mancipatio dicitur, quia manu res capitur.* » Par quel symbole arrivait-on à effectuer la représentation de la chose à acquérir? c'est un point que nous ne discuterons pas. Toujours est-il que la même difficulté existait relativement à l'*in jure cessio*, qui exigeait l'apport devant le magistrat de l'objet aliéné, ou du moins d'une parcelle d'icelui, le cessionnaire devant saisir la chose qu'il allait acquérir, et prononcer les paroles voulues en réalisant la détention de l'objet. Gaius, II, 24, nous dit : « *Is cui res in jure cedit, rem tenens ita dicit :* HUNC EGO « HOMINEM EX JURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO. Au fond, il y a la plus grande analogie entre la mancipation et l'*in jure cessio;* nous retrouvons dans l'un et l'autre de ces procédés l'affirmation solennelle du droit de l'acquéreur : *Aio hanc rem esse meam*, affirmation qui tantôt se produit devant cinq témoins, tantôt se passe en présence du magistrat, affirmation qui tantôt apparaît comme la création d'un droit nouveau résultant d'un achat qui n'est d'ailleurs qu'imaginaire, tantôt se manifeste sous la forme d'un droit préexistant, susceptible de contestation de la part d'un adversaire, qui en déclinant le débat transfère ainsi au revendiquant ce qu'il ne veut pas lui disputer.

46. Toute servitude prédiale, qu'elle fût rurale ou urbaine, étant considérée comme se prêtant à une *in jure cessio*, on ne voit pas pourquoi les allures de la mancipation n'auraient pas été applicables aux deux classes de servitudes, si les unes et les autres avaient été jugées avoir la même importance. Nous avons dit comment il arriva que les *jura prædiorum rusticorum* furent admis dans la catégorie des choses *mancipi*, par opposition aux *jura prædiorum urbanorum*. Tant que reste en vigueur cette division dans les éléments du patrimoine, il ne nous paraît pas douteux qu'un *iter urbanum* ou un *aquæductus urbanus* n'était pas susceptible d'être créé par voie de mancipation, ce qui ne tenait nullement à la nature du droit, mais à son but, à sa destination. Puisqu'on n'avait égard qu'à l'intérêt de l'agriculture pour élever une servitude au rang des choses *mancipi*, puisqu'on exigeait à cet effet un *jus prædii rustici*, la mancipation devait être mise de côté alors que cet intérêt ne se trouvait pas en jeu, alors qu'il s'agissait d'améliorer, non pas un *fundus*, mais une *domus*, de constituer un *jus prædii urbani*. Mais, on le voit, il n'y avait là qu'un point de vue transitoire, qui a disparu en même temps que l'utilité de la

Digitized by Google

distinction des *res mancipi* ou *non mancipi*, tandis que l'abolition de cette distinction n'a pas entraîné la chute de la division des servitudes en rurales et urbaines. Sans doute, au temps des grands jurisconsultes, la distinction des *res mancipi* ou non n'était pas tombée en désuétude, et les auteurs de cette époque (voir plus haut n° 43) remarquent encore que l'*in jure cessio* pouvait se pratiquer pour les deux classes de servitudes, la mancipation restant exclusivement propre aux servitudes rurales. Nous sommes cependant persuadé que depuis le moment où le droit prétorien prit sous sa protection la quasi-tradition des servitudes, il devint de jour en jour plus fréquent, même en matière de servitudes rurales à l'égard desquelles l'intervention du magistrat n'était pas nécessaire, de se contenter de la quasi-tradition, qui était admise tout aussi bien pour les servitudes rurales que pour les urbaines.

47. En définitive, il faut reconnaître que déjà à l'époque classique la séparation des deux classes de servitudes, en ce qui concerne leurs modes de constitution, ne présentait plus guère d'intérêt pratique. Vraisemblablement la voie de la quasi-possession, comme beaucoup plus simple, fut préférée habituellement, et l'on cessa de recourir au procédé de la mancipation, bien qu'elle fût possible à raison du caractère rural de la servitude à créer. On ne peut nier d'ailleurs, nous l'avons dit, que la distinction des servitudes n'ait été maintenue quand la division des *res mancipi* et *non mancipi* fut tombée en oubli. Nous sommes donc autorisé à négliger, pour l'appréciation générale de la distinction, cette première différence relative à la constitution des servitudes. Nous avons seulement à nous demander si cette distinction jouait un rôle quant à l'efficacité de la quasi-tradition mentionnée tout à l'heure comme un mode d'établissement des servitudes, au moins d'après le droit prétorien.

48. On sait qu'à cet égard notre législation tient grand compte de la nature des servitudes, l'acquisition par la possession, la prescription étant admise uniquement pour les servitudes qui sont à la fois continues et apparentes, tandis qu'elle est prohibée pour les servitudes auxquelles fait défaut l'un ou l'autre de ces caractères, art. 690 et 691 C. Nap. Certains auteurs ont essayé de faire remonter cette distinction à la juris-

Digitized by Google

prudence romaine, et ils ont invoqué en ce sens la loi 14, *pr.*, D., *De servit.*, où le jurisconsulte Paul, en énonçant que les *servitutes prædiorum rusticorum* ne sont pas susceptibles d'usucapion, motive cette décision, non-seulement sur la nature incorporelle des servitudes rurales, mais encore sur l'absence de la possibilité d'une possession *continue*. Nous aurons plus tard, en étudiant les règles du droit français, à examiner quelle signification il faut donner au caractère de continuité, et à nous demander si l'interdiction absolue de la prescription relativement aux servitudes dites non continues peut se justifier complétement. Pour le moment, il suffit de faire observer que l'identité prétendue quelquefois entre les servitudes urbaines du droit romain et les servitudes continues du droit français ne saurait aboutir au résultat en vue duquel cette identification a été proposée, savoir la concession quant aux servitudes urbaines de l'usucapion, rejetée seulement quant aux servitudes rurales, par analogie de ce qui se passe chez nous selon qu'il y a continuité ou discontinuité. Les Romains, en effet, mettaient exactement sur la même ligne toutes les servitudes au sujet de leur acquisition par voie d'usucapion. Le premier motif donné par Paul (*Dict.*, L. 14), la nature incorporelle de la servitude s'opposait généralement à ce que l'usucapion pût fonctionner en cette matière : « *Incorporales sunt* « *et ideo usu non capiuntur.* » Aussi la fin de la loi 14 est-elle aussi positive que possible pour écarter toute différence : « *Idem et in servitutibus prædiorum urbanorum observatur.* » On voit dès lors que le texte principal cité pour établir à ce point de vue une distinction entre les deux classes de servitudes, loin de pouvoir servir de base à ce système, en contient au contraire la condamnation expresse.

49. Cette exclusion de l'usucapion, comme mode d'acquérir les servitudes, est parfaitement en harmonie avec la manière dont le droit civil appréciait la possession, que l'on disait ne pouvoir s'appliquer aux choses incorporelles. « *Incorporales* « *res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est,* » porte la loi 43, § 1, D., *De adq. rer. dom.* Cependant il n'en aurait pas toujours été ainsi, puisque nous savons par un fragment de Paul, la loi 4, § 29, D., *De usurp. et usuc.*, qu'à une date inconnue il intervint une loi Scribonia, dont l'effet fut d'abolir la constitution des servitudes par la voie de l'usuca-

Digitized by Google

pion. En l'absence de documents qui nous éclairent sur la portée qu'a pu avoir l'usucapion appliquée aux servitudes antérieurement à la loi Scribonia, nous regardons comme oiseux de rechercher si elle avait été admise d'une façon générale ou seulement, ainsi que l'assurent quelques auteurs, à l'occasion des servitudes urbaines. Tout système à cet égard serait purement conjectural, et se bornerait à des affirmations qu'il serait également impossible de défendre ou de réfuter Contentons-nous de ce que nous connaissons avec certitude, savoir qu'à partir de la loi Scribonia il n'y eut plus de place pour l'usucapion en ce qui concerne l'acquisition des servitudes. Mais cette proposition, comme nous l'avons constaté, était vraie pour les deux espèces de servitudes prédiales, de sorte qu'il n'y avait pas lieu de distinguer sous ce rapport entre les servitudes rurales et les servitudes urbaines.

50. Néanmoins, à côté de l'interdiction de l'usucapion, à côté de ce principe qu'il n'existait pas quant aux servitudes une possession civile, une possession pouvant conduire à l'usucapion, pour laquelle le laps de deux années aurait suffi, l'usage s'établit, sous l'influence de l'édit du Préteur, de prendre en considération les actes de jouissance pratiqués à titre de servitude. Ici, en effet, le droit, bien qu'incorporel, se manifestait par des faits qui tombaient directement sous les sens, et dont la preuve ne présentait pas plus de difficulté que celle de l'exercice de la propriété, c'est-à-dire de la possession proprement dite. On se contenta de qualifier *quasi-possession* l'exercice du droit de servitude; mais, à part ce scrupule de langage, la possibilité d'une tradition fut reconnue, et le vendeur d'une servitude faisait délivrance à l'acheteur, en le mettant à même d'exercer la servitude vendue. Cette jurisprudence, paraît-il, n'était pas encore reçue au temps d'Auguste, puisque, d'après le témoignage de Javolénus, dans la loi 20, D., *De servit.*, Labéon enseignait qu'à la suite de la vente d'une servitude il n'y avait pas de tradition praticable : « *Quia nulla ejusmodi juris vacua traditio esset.* » Mais l'assertion de Labéon est contredite par Javolénus, contemporain de Trajan, qui ajoute cette observation que l'usage de la servitude peut être regardé comme constituant une tradition : « *Ego puto usum ejus juris pro traditione possessionis accipien-* « *dum esse.* » La doctrine nouvelle ne faisait plus doute à l'é-

Digitized by Google

poque d'Ulpien, qui s'exprime ainsi, dans la loi 1, § 2, D., *De serv. præd. rust.* : « *Traditio plane et patientia servitutum* « *inducet officium prætoris.* » Aussi voyons-nous que le maintien de la possession des servitudes était protégé par des interdits appelés quasi-possessoires. « *Ideoque interdicta veluti* « *possessoria constituta sunt,* » dit Javolénus, *loc. cit.;* et les Pandectes nous ont transmis les règles de divers interdits qui jouaient ce rôle à l'occasion de maintes servitudes.

50. La possession étant une fois acceptée en matière de servitudes, les Romains ne reculèrent pas devant l'idée de faire découler de cette possession continuée pendant un certain temps un moyen de constituer le droit même de servitude. A la suite de la tradition résultant de la *patientia*, l'action Publicienne (voir L. 11, § 1, D., *De Publ. act.*) était accordée à l'acheteur d'une servitude, à l'instar de celui qui étant en voie d'usucaper la propriété avait perdu la possession. Enfin la preuve d'un exercice prolongé de la servitude équivalait aux yeux du Préteur à un mode civil de constitution, et procurait une action confessoire *utile.* Ulpien, dans la loi 19, pr., D., *Si serv. vind.*, énonce très-nettement quelle était l'efficacité de l'usage répété, de ce qu'il appelle *longa quasi possessio* : « *Si quis diuturno usu et longa quasi possessione jus aquæ du-* « *cendæ nactus sit, non est ei necesse docere de jure, quo aqua* « *constituta sit, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet* « *actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se non vi, non* « *clam, non precario possedisse.* » Sans doute il n'y avait pas en pareil cas qu'une action *utile;* la servitude n'était reconnue que par le droit prétorien; on disait, suivant les termes de la loi 1, C., *De servit.*, que le long temps faisait naître seulement une sorte de servitude : « *Longi temporis consuetudinem vicem* « *servitutis obtinere.* » Mais au fond la position était aussi solide que si les règles du *jus civile* avaient pu être invoquées, et l'acquéreur d'une servitude grâce à la *longa quasi possessio* était parfaitement assuré de conserver ce qu'il avait acquis.

51. Nous ne nous arrêterons pas à discuter si la *longa possessio*, comme moyen de constituer les servitudes, était bien exactement modelée sur la *longa possessio* appliquée aux choses corporelles. C'est une question difficile à éclaircir, à raison du petit nombre de textes que fournissent les compilations de Justinien; aussi les commentateurs se sont-ils donné carrière

Digitized by Google

pour signaler telle ou telle différence. Les uns ont soutenu, en s'appuyant sur l'indétermination de ces mots : *per annos forte tot*, qu'on trouve dans la loi 19, *Si serv. vind.*, qu'il n'y avait ici aucun terme fixé rigoureusement pour la durée de la possession, et que l'appréciation de sa suffisance était abandonnée à la discrétion du juge. Ce système, fort peu rationnel assurément, se réfute aisément par cette observation que le même texte mentionne un *diuturnus usus*, une *longa possessio*, choses synonymes; or, chez les Romains, parler de *longum tempus* c'était désigner un délai dont les limites étaient bien connues, savoir dix ans entre présents, vingt ans entre absents, ainsi que le dit Paul, *Sent.*, liv. V, tit. 5ᵉ, § 8. D'ailleurs la loi 2, C., *De servit.*, est positive pour indiquer qu'ici l'acquisition par le bénéfice du temps s'opère *exemplo rerum immobilium*. — D'autres ont prétendu qu'il était nécessaire de prouver que l'adversaire avait eu personnellement connaissance de la possession. Cette exigence spéciale n'a d'autre base que l'énoncé de cette *scientia*, qui figure dans la loi 2, C., *De servit.* Mais il est évidemment abusif de transformer en règle de droit une circonstance de fait que relate un rescrit. Dans l'espèce soumise à l'empereur Antonin, il y avait allégation d'une possession exercée au su de l'adversaire, et, comme cette particularité avait de l'importance pour caractériser la possession invoquée, elle a dû être relevée par l'auteur du rescrit. — Ce qu'il y a de plus délicat, c'est de savoir si, en cette matière, l'existence d'un *justus titulus* devait être mise de côté, et s'il ne suffisait pas que la possession se fût produite pendant le temps voulu *nec vi*, *nec clam*, *nec precario*. De bons esprits adoptent l'affirmative, en se fondant sur la loi 19, citée plus haut, ce qui serait confirmé par les derniers mots de la loi 1, C., *De servit.* Nous hésitons cependant, pour notre compte, à admettre sur ces seules données l'exclusion en cette occurrence d'une condition aussi importante de la *longa possessio*, et nous ne voyons pas de motif sérieux pour en dispenser.

53. Quelque parti que l'on prenne sur ces points controversés, il est indubitable que la législation romaine tenait compte de la possession prolongée des servitudes, et qu'elle l'avait érigée en mode d'acquisition. Remarquons seulement que le droit prétorien, auquel appartient cette théorie, avait mesuré la durée de la possession d'une manière beaucoup plus large

Digitized by Google

que ne le faisait le droit civil relativement à l'usucapion. Le Préteur, s'inspirant de bonne heure des idées qui ne devaient prévaloir généralement que beaucoup plus tard, avait corrigé la brièveté du temps considéré par les *antiquiores* comme suffisant *ad inquirendas res suas* (*Instit.*, liv. II, tit. 6, pr.); il s'était arrêté au terme qui en dernière analyse fut adopté sous Justinien pour l'acquisition de la propriété même. La prohibition de l'usucapion en matière de servitudes resta, par conséquent, jusqu'à la réforme de Justinien, chose de grande importance. Deux années de possession étaient impuissantes à créer une servitude; mais, pourvu que la possession se fût prolongée pendant dix ou vingt ans, elle était admise dès le droit classique comme un moyen de constituer les servitudes. A ce titre, du reste, elle fonctionnait d'une façon absolue, sans être réservée aux servitudes urbaines par opposition aux servitudes rurales. Il n'est pas possible, en effet, d'exclure du jeu de la possession les *servitutes prædiorum rusticorum*, qui correspondraient, dit-on, à nos servitudes discontinues. Deux textes, la loi 19, D., *Si serv. vind.*, et la loi 2, C., *De servit.*, font l'application de la *longa possessio* au *jus aquæ ducendæ*, que les jurisconsultes romains mentionnent si fréquemment comme étant une servitude rurale. On ne saurait essayer de voir là une règle spéciale, propre à la servitude d'aqueduc. Rien n'indique une semblable particularité. Ce qui est invoqué pour fonder l'existence du droit, c'est la durée de la possession, la *longa consuetudo;* et l'influence de la possession était admise sans difficulté quant aux servitudes rurales à l'occasion desquelles existaient des interdits possessoires. Il faut donc renoncer à établir aucune distinction entre les deux classes de servitudes en ce qui concerne leur acquisition au moyen de la possession.

54. Si nous voulons maintenant résumer les résultats acquis par la dissertation qui précède, il est facile de constater que jusqu'à présent la division des servitudes prédiales en urbaines et rustiques ne nous est pas apparue comme offrant un intérêt considérable. On peut faire bon marché de la faculté d'hypothéquer, autorisée à l'égard des servitudes rurales, et repoussée pour les servitudes urbaines. La bizarrerie de l'hypothèque ayant pour objet une servitude à créer n'est qu'un motif de

Digitized by Google

plus pour confirmer le jugement depuis longtemps formulé par les commentateurs sur l'imperfection du système hypothécaire des Romains. — Ce que nous avons trouvé de plus remarquable, c'est l'admission des servitudes rurales parmi les *res mancipi*, et l'exclusion de cette catégorie quant aux servitudes urbaines. Cette différence, due à l'importance particulière attachée dans l'origine aux servitudes rurales, ne peut être expliquée d'une manière satisfaisante qu'en prenant pour base l'interprétation que nous avons embrassée. C'est là d'ailleurs une distinction qui n'a qu'une valeur historique, dont la science du droit proprement dite n'a pas à s'occuper, et qui chez les Romains a fini par perdre son utilité. — Enfin, au point de vue du rôle que jouait la possession relativement à la constitution des servitudes, nous avons reconnu que le droit romain ne présentait rien d'analogue à notre législation, et qu'à cet égard il y avait assimilation entre toutes les servitudes.

55. Ne nous hâtons pas cependant de conclure à la presque inanité de la distinction consacrée par le droit romain. Il est un autre point dont il nous reste à parler, sur lequel nous voyons encore en vigueur la séparation des servitudes en urbaines et rurales. Nous voulons faire allusion à l'extinction des servitudes, matière à propos de laquelle les textes de la législation romaine contiennent des règles différentes, selon qu'il s'agit d'une servitude de telle ou telle espèce; et nous aurons à constater que la même différence de règles a passé à peu près dans notre droit français, sauf qu'elle repose sur le caractère de continuité ou de discontinuité que peut présenter la servitude. Cette dernière partie du sujet est celle qui offre l'intérêt le plus sérieux, et qui en même temps soulève la difficulté la plus grave que l'on puisse objecter contre le système dont nous avons entrepris la défense. E. MACHELARD.

(*La suite à une autre livraison.*)

Digitized by Google

LES BARBARES ET LEURS LOIS,

Par M. L. DE VALROGER, professeur d'histoire du droit à la Faculté de Paris.

(*Suite*[1].)

CHAPITRE IV.

LA GAULE. — ÉTABLISSEMENT DES VISIGOTHS.

La Gaule reçut le contre-coup des événements qui se passèrent dans l'île de Bretagne.

Aux temps voisins de la chute de l'Empire, on trouve sur les côtes de la Manche, dans la contrée qui a pris plus tard le nom de Bassin, un établissement de Saxons qui lui fit donner le nom de *littus saxonicum*. Qu'étaient ces Saxons? Serait-ce un corps de Letes établi sur ce point par l'empire? Il est plus vraisemblable que c'étaient des Anglo-Saxons, débarqués là pendant que d'autres, en plus grand nombre, cinglaient vers l'île de Bretagne. Il serait inutile d'insister sur cet établissement dont le caractère ne saurait être déterminé avec certitude, et qui d'ailleurs n'a pas laissé de traces dans notre histoire.

D'une toute autre importance est une autre colonisation bretonne dont la Péninsule armoricaine fut le théâtre. Elle changea la face du pays à tel point qu'il prit alors le nom de Bretagne; on distingua désormais deux Bretagnes, une grande qui était l'île de Bretagne, et une petite qui était notre Armorique[2].

La Gaule échappait ainsi à l'Empire dès avant qu'il eût pris fin. Elle allait tout entière passer successivement sous de nouveaux maîtres.

I.

Nous avons vu les Ostrogoths s'établir en Italie après la chute de l'empire. Dès auparavant, et lorsqu'il était encore

[1] V. t. XXIX, p. 437.

[2] « Usque tempore Willielmi junioris qui Rufus vocabatur » (c. 11, § 1).

Digitized by Google

debout, d'autres Goths, ceux qu'on nommait les Goths de l'Ouest à cause de leur position plus occidentale sur le Danube (West-goths, Visigoths), avaient occupé une partie de la Gaule.

Les Visigoths apparurent en Occident sous le commandement d'Alaric. Pour défendre l'Italie qu'ils menaçaient, on fut obligé de dégarnir de troupes la frontière du Rhin. Des flots de barbares firent aussitôt irruption en Gaule. L'Italie ne fut pas sauvée : Alaric saccagea Rome; Honorius se cachait derrière les murs de Ravenne où la résidence impériale avait été transportée, parce que c'était une position plus facile à défendre. La mort d'Alaric ajourna la catastrophe suprême. Il laissait pour successeur son frère Ataulph. La diplomatie d'Honorius réussit à opérer un rapprochement; Ataulph devint son beau-frère en épousant sa sœur Placidie, et mit au service de l'empire la force qui avait failli le renverser. Un traité l'autorisa à prendre possession de l'Aquitaine; il devait de là chasser les barbares qui ravageaient la Gaule.

L'histoire mentionne vaguement ce traité qui fonda un premier État barbare en Occident; mais la législation, dont je ferai tout à l'heure connaître les monuments, nous en révèle les suites. Un partage des terres eut lieu entre les Goths et les Gallo-Romains, qui eurent à céder à leurs hôtes le tiers de leurs possessions. Les bois paraissent avoir été partagés par moitié[1]. Le Goth n'était pas sans convoiter parfois ce que les Gallo-Romains avaient conservé : la législation eut à défendre contre la cupidité barbare le tiers laissé aux habitants[2]. On voit quelles souffrances l'établissement des Goths causa à la Gaule. Mais elle était habituée à souffrir : depuis plusieurs années des bandes féroces la tenaient à leur merci; conserver une partie de ses biens sous un gouvernement un peu régulier, ce fut pour elle presque un bienfait.

Les Gallo-Romains ne furent d'ailleurs atteints que dans leurs propriétés, non dans leur condition civile. Ils continuèrent d'être régis par le droit romain, à côté des Goths qui vivaient sous leurs coutumes nationales. Si un moment les Gallo-Romains furent menacés de voir leur position s'aggraver,

[1] L. Visig., X, 1, c. 8, 9, 16.
[2] L. Visig., X, 1, 1, 16.

Digitized by Google

ce ne fut qu'un péril passager[1]. Le gouvernement présenta un mélange d'institutions romaines et d'usages germaniques. L'autorité royale était tempérée par celle d'assemblées dont les Goths avaient apporté et retenaient l'habitude[2]. A côté d'officiers portant des titres romains, ducs et comtes, on en voit d'autres dont les noms révèlent une origine gothique[3]. Mais en général le système d'administration de l'empire fut conservé; un Code publié par Alaric II en 506, dont je parlerai tout à l'heure, nous en montre le plein fonctionnement.

L'Aquitaine ne semblait même pas être détachée de l'empire d'Occident. Elle était sous l'autorité d'un roi goth qui tenait sa cour à Toulouse; mais c'était un vassal de l'empire, en qui la cour de Ravenne ne voyait qu'un général barbare entré à son service et cantonné dans une de ses provinces dont le gouvernement lui avait été remis. Voilà par quelles fictions un fils dégénéré du grand Théodose cherchait à dissimuler, peut-être à se cacher à lui-même le dépècement de son empire.

Les Goths tournèrent d'abord leur ardeur contre les barbares qui désolaient la Gaule. Après les avoir chassés devant eux vers l'Espagne, les Goths les y suivirent, et leur domination s'étendit de l'autre côté des Pyrénées. Encouragés par ce succès, ils ne tardèrent pas à convoiter ce qui ne leur avait point été concédé en Gaule. Contenus quelque temps par Aétius qui y commandait pour Rome, ils reprirent bientôt l'offensive avec plus de succès. Euric rompit fièrement l'engagement de vassalité qui le liait à l'empire. Bientôt d'ailleurs il n'allait plus y avoir d'empire.

Lorsqu'après sa chute les Ostrogoths se furent établis en

[1] Sidoine Apollinaire peint un préfet Goth : « Exultans Gothis, insultans Romanis... leges theodosianas calcans, theodoricianasque proponens » (ep. II, 1). Plusieurs rois visigoths de ce temps portèrent le nom de Théodoric. Sidoine a choisi ce nom, qui formait antithèse avec le Code théodosien, pour exprimer un droit goth imposé aux Romains. — Mais la suite des faits met hors de doute que les Gallo-Romains conservèrent l'usage de leur droit.

[2] De là sortirent les assemblées de Tolède qu'on rencontre plus tard. (L. Visig., II, 1, 5.)

[3] « Dux, comes, vicarius, pacis assestor, Tiuphadus, millenarius, quingentenarius, centenarius, decanus. (L. Visig., II, 1, 26.)

Digitized by Google

Italie, ils franchirent les Alpes et occupèrent la Provence. L'État ostrogoth et l'État visigoth se touchèrent ainsi; les deux familles des Goths purent se donner la main et rêver ensemble la conquête du reste de la Gaule. Mais cette grande fortune fut courte. On a vu comment Justinien renversa la puissance des Ostrogoths; celle des Visigoths avait déjà subi un rude échec.

Au nord du royaume de Toulouse il s'était fondé un autre État barbare qu'attendaient les plus brillantes destinées. Les Francs, entrés païens en Gaule, étaient devenus chrétiens et catholiques; les Visigoths étaient ariens. Clovis, presque appelé par la population catholique, attaqua les Visigoths, battit leur roi Alaric II. Les Visigoths refoulés en Espagne ne conservèrent en Gaule qu'une contrée qui s'étendait le long de la Méditerranée, la Septimanie qui reçut le nom de Gothie. Encore devait-elle leur être enlevée plus tard par les Arabes à qui elle fut reprise par Charles Martel.

Quoique l'histoire des Visigoths semble alors se détacher de la nôtre, il est nécessaire de les suivre en Espagne pour l'intelligence de ce que j'aurai à dire de leur législation.

L'Église ne tarda pas à gagner sur les Visigoths une autre victoire, victoire pacifique qui ne leur enleva aucune province et consolida leur puissance en faisant cesser un antagonisme de croyances qui l'affaiblissait. Vers la fin du VIe siècle, sous Récared Ier, les Visigoths furent convertis au catholicisme. Le clergé eut dès lors la plus grande influence dans l'État; il tint le premier rang dans les diètes de Tolède.

Les Visigoths qui avaient apporté de la Germanie l'usage de ces assemblées nationales, en avaient aussi apporté un principe moins bon; la royauté était élective. Tant qu'il resta des membres de la famille à laquelle les Goths avaient dû leur établissement en Occident, ce souvenir la maintint; mais quand elle fut éteinte, le principe électif reprit le dessus. Il suscita des compétitions qui minèrent la force du royaume visigoth. Une autre cause de sa perte fut l'affaiblissement de l'esprit militaire. Tel devait être, avec le temps, l'effet de la transplantation d'une race du Nord sous un climat méridional, au milieu d'une civilisation amollissante. Il s'opéra chez les Visigoths un grand adoucissement de mœurs, un progrès social merveilleusement rapide. Mais rien ne pouvait compenser cette perte de l'esprit militaire, car ils allaient bientôt

Digitized by Google

avoir affaire à un peuple guerrier dont l'enthousiasme religieux doublait la force.

De l'autre côté de la Méditerranée, en face de l'Espagne, la côte d'Afrique était tombée au pouvoir des Arabes qui étaient alors dans tout le feu de leur fanatisme. La trahison d'un officier goth les appela en Espagne, et la domination des Goths fut promptement renversée. Il leur resta seulement, dans les régions montueuses du Nord, quelques contrées d'où, retrempés par le malheur, ils devaient plus tard descendre pour reconquérir pied à pied l'Espagne sur leurs vainqueurs amollis à leur tour.

II.

Nous pouvons maintenant aborder les monuments de législation qu'ont laissés les Visigoths.

Peu de temps avant sa défaite par Clovis, Alaric II avait publié un Code de droit romain à l'usage de ceux de ses sujets que ce droit continuait de régir. Voilà le Code connu sous le nom de *Breviarium* (recueil abrégé) d'Alaric. C'est un titre de convention : les manuscrits l'appellent simplement *liber legum Romanarum* ou *Romanorum* [1]. Un préambule (*commonitorium*) nous apprend que ce Code préparé par des hommes d'église et d'autres personnages (*sacerdotibus ac nobilibus viris*), fut ensuite soumis à l'approbation d'une assemblée d'évêques et de notables Gallo-Romains (*episcoporum vel electorum provincialium nostrorum roboravit assensus*). Des copies authentiques, certifiées par un fonctionnaire nommé Anien, furent expédiées aux officiers chargés de l'administration de la justice. Il ne devait plus être permis d'invoquer d'autre droit romain que celui que ce Code consacrait : Alaric dit qu'il a voulu couper court aux difficultés et aux procès que faisait naître l'obscurité de ce droit.

On peut croire qu'il eut aussi pour but de ramener à lui la population gallo-romaine et catholique. Mais l'état du droit romain suffisait bien pour lui inspirer la pensée de ce Code :

[1] Le *Breviarium* fut publié par Ægidius (Louvain, 1517), par Bouchard (Paris, 1525), par Sichard (Basle, 1528). — Une nouvelle édition, qui fera oublier les autres, en a été donnée par le savant Hænel ; c'est le fruit d'une étude comparative de tous les manuscrits : *Lex Romana Visigotho-rum*. Leips., 1848, 4°.

Digitized by Google

telle était devenue sa complication qu'il aurait fallu plus de science qu'il n'en restait, en Gaule surtout, pour en assurer une exacte application.

La connaissance s'en puisait à deux sources : les constitutions impériales et les écrits des jurisconsultes. Tels sont aussi les deux éléments du *Breviarium*.

1° Les constitutions impériales étaient encore éparses quand deux légistes, Grégorius et Hermogien, entreprirent de les rassembler. Le *Breviarium* fait quelques emprunts aux recueils qu'ils avaient composés.

Ces essais de codification furent éclipsés par un nouveau Code que Théodose II publia en Orient, Code qui fut reçu et promulgué aussi en Occident. Le *Breviarium* contient tout le Code Théodosien en raccourci; on a seulement mis de côté les constitutions jugées inutiles ou inapplicables à l'état actuel des choses, et fait quelques coupures dans les autres [1].

La législation ne fut pas immobilisée par le Code de Théodose II. De nouvelles constitutions (*novellæ constitutiones*) furent publiées. Le *Breviarium* contient quelques novelles de Théodose lui-même, de Valentinien III, de Martien, de Majorien et de Sévère.

2° Voici d'autre part les emprunts faits aux ouvrages des grands jurisconsultes de Rome.

Les commissaires d'Alaric ne procédèrent point comme ceux à qui plus tard, en Orient, Justinien confia la composition de ses Pandectes. Couper dans les œuvres des jurisconsultes classiques les morceaux les meilleurs et les distribuer méthodiquement de manière à former un corps de doctrine sur les diverses matières du droit, voilà la tâche délicate et immense à laquelle Tribonien présida en Orient. Elle dépassait la capacité des commissaires d'Alaric. Que firent-ils? Il existait deux manuels composés par deux jurisconsultes célèbres. Gaïus et Paul avaient jugé avec raison qu'une exposition élémentaire du droit n'était pas un travail indigne d'eux et qu'il n'y a pas d'œuvre plus utile et qui exige un savoir plus consommé qu'un

[1] Les premiers livres du Code Théodosien n'étaient connus jusqu'à ces derniers temps que par l'extrait qu'en contenait le *Breviarium*. Des découvertes faites dans les bibliothèques d'Italie ont fourni les éléments d'une restitution à peu près complète de ces premiers livres. Voy. la savante édition qu'en a donnée M. Hænel.

Digitized by Google

résumé bien fait des éléments d'une science. Les manuels de Gaïus et de Paul avaient obtenu la plus grande estime et servaient généralement d'introduction à l'étude du droit romain. Les commissaires d'Alaric jugèrent qu'ils ne pouvaient pas faire mieux que d'incorporer ces deux manuels dans leur Code. Mais au lieu de les y faire entrer intégralement ils prirent, au moins avec l'œuvre de Gaïus, de grandes libertés.

On a pu en juger de nos jours, depuis qu'un palimpseste, découvert à Vérone en 1816, nous a donné la véritable œuvre de Gaïus qu'on ne connaissait jusque-là que par le *Breviarium*. Le livre de Gaïus fut remanié; on élagua les passages qu'il avait consacrés à l'histoire des institutions et tout le quatrième livre relatif à la procédure, c'est-à-dire ce qui a le plus d'intérêt pour nous et ce qui fait du manuel de Gaïus un livre inestimable pour tous les romanistes. C'est que le point de vue des commissaires d'Alaric était fort différent du nôtre; il ne s'agissait que de donner une règle à la pratique. L'histoire du passé importait donc peu à leurs yeux. Or la procédure exposée par Gaïus appartenait elle-même au passé : elle avait été enveloppée dans la désuétude du système judiciaire de l'époque classique.

Nous n'avons pas les mêmes moyens de comparaison pour l'ouvrage de Paul; car nous ne le connaissons que par le *Breviarium*. Cette œuvre, d'un autre caractère que celle de Gaïus et d'un mérite inférieur, était un recueil de sentences sur les diverses parties du droit. Il est probable que l'ouvrage de Paul subit des coupures; mais un rapprochement que j'aurai lieu de faire tout à l'heure autorise à croire qu'il ne fut pas autrement remanié.

A ces reproductions des manuels de Gaïus et de Paul ajoutez un court fragment de Papinien, qui clôt le Code brusquement [1]. Voilà tous les emprunts qui furent faits aux jurisconsultes romains.

Il me reste à signaler un troisième élément du *Breviarium*. C'est l'œuvre propre des commissaires d'Alaric. Les textes que j'ai énumérés sont pour la plupart accompagnés d'une paraphrase explicative sous le titre d'*Interpretatio*. On eut

[1] Si brusquement qu'on a mis en question si nous possédons le Code entier d'Alaric; mais l'étude que M. Hænel a faite des manuscrits dissipe ce doute. (V. préf.)

Digitized by Google

pour but en la composant de faciliter l'intelligence des textes et de les accommoder à l'ordre actuel des choses. Quelquefois une loi se présente sans *interpretatio;* il est dit : *Interpretatione non indiget.*

Il est à remarquer qu'une *interpretatio* accompagne les Sentences de Paul. Il n'y en a point pour les Institutes de Gaïus : sans doute parce que le remaniement qu'on leur avait fait subir fit juger qu'une *interpretatio* serait inutile. Puisqu'on trouva à propos d'en mettre une à côté du texte de Paul, il est probable, ainsi que je l'ai dit plus haut, qu'il ne fut point remanié comme Gaïus.

Ai-je besoin de dire que cette *interpretatio* est sans valeur doctrinale? Mais elle n'est pas sans quelque intérêt historique. Elle jette parfois un jour sur l'état des institutions dans le royaume de Toulouse, par exemple sur la tournure qu'avait prise le régime municipal.

Envisagé dans son ensemble, le Code d'Alaric se recommande à l'attention à plus d'un titre. Nous lui devons la connaissance d'un précieux ouvrage de Paul. Il rendit au moyen âge un plus grand service. C'est surtout par ce Code que fut alors conservée quelque culture du droit romain; car on ne le connut guère, jusqu'à la restauration de son étude au XIIe siècle, que par le *Breviarium.* Il y a certes bien loin de ce Code aux grandes compilations de Justinien. Mais on ne saurait attendre d'un roi goth, dans un pays aussi bouleversé que l'était la Gaule, des travaux pareils à ceux que Justinien fit exécuter dans sa capitale préservée des maux qui fondirent sur l'Occident, et riche encore de tous les trésors de la civilisation ancienne.

III.

En laissant aux indigènes l'usage du droit romain, les Visigoths ne l'avaient point adopté; ils avaient gardé leurs coutumes nationales. Il y a dès lors lieu de croire qu'elles furent, comme ailleurs, converties en loi écrite. L'histoire confirme cette conjecture; elle mentionne des lois données aux Goths par Euric [1], et une refonte de ces lois par Leovigild [2]. Mais cette

[1] Dans son *Histoire des Goths*, Isidore de Séville dit d'Euric : « Sub hoc rege Gothi legum statuta in scriptis habere cœperunt. Nam antea moribus et consuetudinibus tenebantur. »

[2] « In legibus quoque eas quæ ab Eurico inconditæ constitutæ videbantur

Digitized by Google

ancienne législation des Visigoths ne nous est point parvenue. C'est que le droit des Goths et le droit romain firent place plus tard à une législation unique qui s'appliquait à toute la population. De ce moment la conservation des anciennes lois des Visigoths n'eut plus d'intérêt pratique; elle n'aurait eu qu'un intérêt historique auquel on n'était pas sensible. Si le Code romain publié par Alaric s'est conservé, c'est parce qu'il se répandit dans toute la Gaule et y resta longtemps la source principale où se puisait la connaissance du droit romain.

Suivons dans sa marche et ses résultats la révolution qui substitua une législation territoriale au dualisme primitif.

Au-dessus des coutumes gothiques et du droit romain, il se forma peu à peu un droit commun. Les circonstances inspirèrent aux princes des lois destinées à régir tout le territoire, sans distinction de nationalité. Ces lois durent avoir un caractère mixte : l'esprit n'en dut être ni purement gothique ni purement romain. Mais comme les Goths prirent de plus en plus des mœurs romaines, ce fut surtout l'esprit romain qui prévalut. Ce travail de fusion, avancé de règne en règne, fut consommé par la publication d'un Code destiné à devenir la loi unique du royaume[1]. Il ne dut plus être question ni de coutumes gothiques ni de droit romain : le droit romain, privé désormais d'autorité légale, était relégué dans le domaine de la science[2].

Ce Code[3] dans sa forme extérieure se compose de douze livres, divisés en titres subdivisés eux-mêmes en articles.

En tête d'un grand nombre d'articles se lit le nom du roi, à qui l'article est dû. — En tête d'autres, en assez grand nombre encore, on lit, au lieu du nom d'un roi, le mot *antiqua* qui montre que l'article a été tiré de quelque législation plus ancienne. — Il y a enfin une centaine d'articles qui n'ont ni l'un ni l'autre genre d'intitulé.

correxit, plurimas leges prætermissas adjiciens, pluresque superficiens auferens. » (Isid. Sevill., *Hist. Goth.*)

[1] L. Vis., II, 1, 5.

[2] L. Vis., II, 1, 9.

[3] Ap. Canciani IV. 47. Watter, I, 415. — L'académie de Madrid a donné en 1815, d'après les manuscrits, une édition supérieure aux anciennes qui a été réimprimée en tête d'une publication à peine commencée des anciennes lois du Portugal. Cette édition a fait connaître quelques lois qui ne figuraient pas dans les éditions antérieures. Elles sont reproduites dans le *Corpus juris germanici* de Walter, I, 664.

Digitized by Google

On se demande à quelle époque ce Code a été publié, et quelle est l'ancienne législation d'où furent tirées les *antiquæ;* d'où vient enfin qu'un intitulé manque à certains articles.

I. Les noms qui se lisent le plus fréquemment en tête des articles sont ceux de Chindaswind et de son fils Receswind. Viennent ensuite en tête d'articles bien moins nombreux les noms de Wamba, Ervigius, Egica, qui régnèrent plus tard. On se dit d'abord que le Code ne peut être antérieur au règne du dernier roi qui y figure. Mais en l'étudiant on découvre qu'il existait dès le temps de Chindaswind[1]. Les articles dus à des princes qui ont régné plus tard y ont donc été intercalés après coup. Il paraît s'être fait de temps à autre une nouvelle publication du Code enrichi des lois qui avaient été rendues dans l'intervalle.

Comme on n'y lit point de nom plus ancien que celui de Chindaswind, on serait tenté d'en attribuer à ce roi la première publication. Son fils Receswind parle effectivement de ce fait comme récent[2]. Mais une tradition très-ancienne en Espagne la reporte un peu plus haut, c'est-à-dire au temps d'Isidore de Séville[3]. Elle attribue à ce savant et illustre personnage une grande part dans l'œuvre de codification.

II. L'origine et le caractère des *antiquæ* avaient déjà suscité différentes conjectures, lorsqu'une découverte inattendue a donné une face nouvelle à la question. On a retrouvé un fragment considérable d'une loi publiée par quelque roi visigoth[4]. Ce fragment rapproché des *antiquæ* du Code montre, de la manière la plus claire, la source d'où elles ont été tirées. Tous

[1] Tel article qui est de Chindaswind parle de ce Code : « ..... Ordo verborum quæ *codicis hujus series* agnoscitur continere. » (II, 1, 9.) On lit ailleurs dans une loi de Receswind : « Leges *in hoc libro* conscriptas ab anno secundo bonæ memoriæ domini et genitoris mei Chindaswindi regis..... » (II, 1, 5.)

[2] « Præter hunc librum qui *nuper editus.* » (II, 1, 10.)

[3] Isidore de Séville mourut en 635; Chindaswind monta au trône en 642.

[4] L'examen d'un manuscrit de la Bibliothèque impériale fit reconnaître en 1839 à un Allemand, M. Knust, que c'était un palimpseste. Il fut soumis aux procédés par lesquels on fait revivre les écritures effacées. M. Bluhme a publié, après la mort de M. Knust, le texte qu'il avait ainsi ressuscité. *Die Westgothische antiqua.* Halle, 1847, in-8°. — C'est une série d'articles qui s'ouvre par un n° CCLXXVI et se poursuit avec quelques lacunes jusqu'au n° CCCXXXVI.

Digitized by Google

les articles de ce fragment se retrouvent dans le Code sous le nom d'*antiquæ*, dans un autre ordre toutefois et avec un texte souvent remanié, modifié [1].

De quelle époque, de quel prince est cette loi, source bien reconnue des *antiquæ* du Code? M. Bluhme, à qui l'on en doit la publication, l'avait attribuée à Reccared Ier, sous le règne duquel les Visigoths embrassèrent le catholicisme. Un savant Allemand, M. Gaupp [2], l'a reportée bien plus haut, jusqu'au temps d'Euric, en se fondant sur ce que l'histoire rapporte qu'Euric donna des lois aux États goths régis jusque-là par de simples coutumes. Mais la loi nouvellement retrouvée est trop romaine pour qu'on puisse y voir la rédaction des coutumes gothiques qui se fit sous Euric. C'est ce qu'a compris M. de Petigny [3], et il a imaginé que cette loi est d'Alaric II. Lorsqu'Alaric donnait à ses sujets romains le *Breviarium*, ne dut-il pas codifier aussi le droit de ses sujets goths? Ainsi raisonne M. de Petigny. La conjecture est spécieuse; mais rien ne la confirme. Loin de là, le caractère si romain de la loi retrouvée révèle une époque où la transformation des Goths était plus avancée. Il y a plus : si cette loi est l'*antiqua lex* du Code des Visigoths, ce qui n'est pas douteux, elle est nécessairement postérieure à leur conversion au catholicisme; car plusieurs *antiquæ* du Code confèrent des priviléges à l'Église [4]. Nous nous trouvons ainsi ramenés à l'idée de M. Bluhme, au temps de Reccared Ier. Il se conçoit fort bien qu'à la suite de la conversion des Goths un grand travail législatif ait eu lieu : l'unité venait de se faire dans les croyances; on était conduit à la mettre aussi dans les lois. C'est en effet, la tradition l'atteste [5], ce qui fut fait par

[1] Les articles correspondants du Code, mis par M. Bluhme en regard des articles nouvellement découverts, ne peuvent laisser aucun doute. Je signalerai particulièrement un point. L'article CCLXXXVII de la loi publiée par M. Bluhme présentait une disposition qui fut changée par Chindaswind (L. Visig., V, 4, 13). On lit dans la loi nouvelle : « Quum promulgata sanctio *juris antiqui*... præceperit. ., providentiori decreto consulimus... » — Voilà bien clairement indiqué le *jus antiquum* d'où furent tirées les *Antiquæ*.

[2] Gaupp, *Germanistiche abhandlungen*, p. 27 et s.

[3] Dans un travail publié par la *Revue historique du droit français*, t. II.

[4] C. Visig., V, 1, 3 et 4.

[5] Le continuateur de la chronique d'Isidore, Lucas de Tuy, dit de Reccared Ier : « Anno regni sui sexti gothicas leges compendiosè fecit abbreviari. » (*Lucæ Tudensis chronic.*, a. 680.)

Digitized by Google

Reccared Ier. Un indice précis confirme l'idée que la loi en question est due à ce prince. Le législateur y parle de lois publiées par son père [1] : L'histoire mentionne en effet des lois du père de Reccared Ier, Leovigild [2].

III. Le Code de Reccared paraît avoir été revisé, amplifié un peu plus tard. On trouve en effet au Code visigoth des articles qui ne portent ni le titre d'*antiqua* ni le nom du prince qui les a ajoutés. Cette circonstance révèle un travail législatif intermédiaire. Sa date coïncide avec l'époque où le siége de Séville était occupé par l'illustre évêque dont le nom est resté attaché dans la tradition au Code des Visigoths. On est donc autorisé à croire que, sous sa direction, le Code de Reccared Ier fut remanié dans son texte; les articles en furent distribués dans un ordre plus méthodique; on y inséra des lois nouvelles en les distinguant de celles de Reccared par le titre d'*antiqua* donné à celles-ci. Le Code visigoth prit ainsi une forme qui ne devait plus changer : les rois ne firent ensuite qu'y intercaler leurs lois en les marquant de leur nom.

Voilà l'histoire probable du Code visigoth; voilà la part qui revient dans sa composition au prélat de race royale, plus grand encore par sa science et ses vertus que par sa naissance, qui est resté la première gloire de l'Église d'Espagne.

IV.

Cette législation fut mise en action dans des formules assez nombreuses qui ont été publiées de notre temps [3]. Elles montrent comment ses principes étaient entendus et pratiqués.

Tout ce droit a pour l'Espagne un intérêt particulier. Dans les petits royaumes qui se formèrent plus tard par des conquêtes faites successivement sur les Arabes, le vieux Code visigoth constitua le fond du droit. Il s'établit des coutumes locales nées de situations nouvelles (*fueros locos*); au-dessus s'éleva une législation royale (*fueros reales*). Mais les Espagnols n'avaient pas oublié qu'ils étaient fils des Goths; ils se

[1] Art. CCLXXXV, reproduit au Code Visigoth, V, 5, 8.

[2] V. *supr.*, p. 542, note 2.

[3] On en doit la découverte à M. de Rozière qui les a publiées. (*Formules visigothiques inédites*, publiées d'après un manuscrit de la bibliothèque de Madrid. Paris, Durand, 1854, in-8°.) — Elles ont été rééditées en Allemagne avec un commentaire par Biedenweg. (Berlin, 1856.)

Digitized by Google

glorifiaient de ce titre, et le Code visigoth restait entouré de respect comme la vieille loi du pays, loi toujours subsistante en tant qu'il n'y avait pas été dérogé par des coutumes ou des lois postérieures. Dans cette mesure il demeurait la règle des jugements. Il fut en conséquence traduit en langue castillane, sous le titre de *Fuero Juzgo*[1]. Les progrès de la législation espagnole ont dû affaiblir de plus en plus l'autorité du Code visigoth; cependant il a continué de former comme les Douze Tables du droit de l'Espagne. Exemple unique d'un Code barbare ayant conservé quelque autorité jusqu'à nos jours.

Quoique l'étude de cette législation soit particulièrement intéressante pour l'Espagne, elle mérite, sous plus d'un rapport, notre attention. Les Visigoths avant d'être refoulés en Espagne avaient occupé une partie de la Gaule; en se retirant ils durent y laisser quelque chose de leurs usages. Le droit des Visigoths a contribué ainsi à la formation des coutumes du midi de la France. Malheureusement nous ne connaissons ce droit que par des monuments postérieurs à l'expulsion des Visigoths. Mais plaçons-nous à un point de vue plus général. C'est le droit d'une branche de la famille germaine; il éclaire les coutumes germaniques qu'on ne peut bien saisir qu'en les cherchant dans tous les monuments qui les révèlent. Il est vrai que de toutes les législations barbares, voici celle où le vieil esprit germanique est le plus altéré; cette altération elle-même est un sujet d'étude intéressant : il est curieux de suivre chez les Visigoths l'action de la civilisation romaine et de l'Église; double action qui s'exerça sur tous les peuples barbares, nulle part d'une manière aussi marquée, aussi décisive que chez les Visigoths.

Des deux influences que je viens de mentionner, c'est celle de l'Église qui prédomina. Le cachet ecclésiastique est profondément empreint sur la législation des Visigoths et lui donne un caractère particulier. Cette législation a été traitée avec trop de dédain par Montesquieu. Il la trouve puérile, gauche, idiote;

[1] Ce titre a fait supposer que le Code latin avait été nommé *Forum judicum*, et on le désigne quelquefois sous ce nom; mais rien n'en prouve l'authenticité.

Le *fuero juzgo* a été imprimé. Le rapprochement du texte latin et du texte castillan montre que celui-ci ne fut pas une simple traduction. V. Laboulaye, *Cond. des femmes*, 134, n° 1).

Digitized by Google

pleine de rhétorique et vide de sens, frivole dans le fond et gigantesque dans la forme. Assurément le Code visigoth offre beaucoup de passages qui prêtent à ces critiques, mais beaucoup d'autres suggèrent un jugement différent; c'est d'après son ensemble que ce Code veut être apprécié, et pour le faire avec justice il faut le comparer aux autres lois barbares. Tandis qu'elles sont des recueils grossiers de coutumes barbares, on trouve dans le Code visigoth une certaine philosophie. Il s'ouvre par une théorie de la loi qui a de l'élévation. C'est que la législation visigothique fut surtout l'œuvre du clergé, et c'est dans le clergé que se trouvaient les philosophes du temps. Le style prétentieux, la rhétorique vide est une imitation des constitutions impériales qui depuis longtemps ne parlaient plus le langage simple et précis des anciennes lois de Rome. Oubliez le Digeste; rapprochez le Code Théodosien, le Code même et les novelles de Justinien du Code visigoth, et vous lui pardonnerez sa mauvaise phraséologie.

CHAPITRE V.

Les Bourguignons en Gaule.

I.

Vers le temps où les Visigoths occupaient l'Aquitaine, un autre peuple germain s'établissait dans une autre partie de la Gaule; je veux parler des Burgondes ou Burgondions (*Burgundi*, — *Burgundiones*) dont on a fait des Bourguignons. Je les appellerai de ce nom pour me conformer à l'usage.

Les origines de ce peuple sont obscures; il n'est mentionné que tard. A l'époque où son nom apparaît, il était établi dans le voisinage des Alemans [1], c'est-à-dire de la Suisse, et cherchait à s'ouvrir la Gaule : Aétius qui y commandait infligea aux Bourguignons une rude défaite [2]. On les croyait détruits; ils se relevèrent bientôt et arrachèrent à l'Empire la concession de

[1] « Quum ventum fuisset ad regionem... ubi terminales lapides Alamannorum et Burgundorum confinia distinguebant. » (Amm.-Marcell., XVIII, 2.)

[2] « Bellum contra Burgundionum gentem memorabile exorsit, quo universa pœne gens cum rege per Aetium deleta. » (Prosp. Tiro, ad ann. 436.)

Digitized by Google

la Savoie [1]. On les voit ensuite s'étendre le long du Rhône jusqu'à Marseille [2], et d'un autre côté, dans la contrée où leur nom est resté. L'Empire réduit à souffrir ces agrandissements tâchait de sauver au moins les apparences et de se rattacher fictivement les Bourguignons. Il donnait à leurs rois le titre de généraux à son service [3], ou leur conférait quelque haute dignité [4]. Les rois bourguignons se prêtaient à cette fiction, dataient leurs actes du nom des consuls de l'année [5], se disaient les soldats de l'Empire [6], et n'en travaillaient pas moins à s'agrandir à ses dépens.

Dans les contrées qu'ils occupèrent, les Bourguignons s'imposèrent comme *hôtes* [7] aux habitants qui eurent à leur céder les deux tiers des terres, la moitié seulement des bois et des vergers, le tiers des esclaves [8]. Le Bourguignon, avec l'imprévoyance des barbares, se prêtait volontiers à vendre le lot que ce partage lui avait donné; le Romain rachetait. Les Bourguignons se seraient bientôt trouvés sans terres, si les lois de leurs princes n'y avaient pourvu [9].

[1] « Sabaudia Burgundionum reliquiis datur cum indigenis dividenda. » (Tiron., *Chron.*, ad a. 443.)

[2] « Gundobaldus et Godegisilus fratres regnum circa Rhodanum aut Ararim cum Massiliensi provinciâ retinebant. » (Greg. Tur., II, 32.)

[3] « Viri illustris magistri militum Gundiuci » (le roi Gondioch). Hilar. pap. ep. ad. Leont. Arel. ap. Baron. Ad an. 463, n° 4.

[4] « Gundobaldus patricius factus est ab Olybrio imperatore. » (Cuspiniani anonymi chron., ad a. 472.)

[5] V. L. Burg. *passim.*

[6] Sigismond écrit à Anastase : « Non aliter nos quam milites vestros credimus ordinari. » (Aviti ep. 83.)

[7] « Hospitalitas delegata... » (L. Burg., LIV.) — « Hospitalitatis jure...; barbari hospes... » (*Ib.*, LV).

[8] « Populus noster mancipiorum tertiam et duas terrarum partes accepit. » (L. Burg., LIV, § 1.) — « Medietatem silvarum ad Romanos generaliter præcipimus pertinere. » (*Ib.*, § 2.) — Similiter de curte et pomariis... id est ut medietatem Romani æstiment præsumendam. » (*Ib.*, § 3.) — Pourquoi ces différences? « Le Bourguignon qui faisait paître des troupeaux avait besoin de beaucoup de terres et de peu de serfs...; et le grand travail de la culture de la terre exigeait que le Romain eût moins de glèbe et un plus grand nombre de serfs. — Les bois étaient partagés par moitié parce que les besoins à cet égard étaient les mêmes. » (Montesquieu, XXX, 9.)

[9] « Quia cognovimus Burgundiones *sortes* suas nimiâ facilitate distrahere, hoc præsente lege credidimus statuendum ut nulli vendere terram suam liceat nisi illi qui alio loco sortem aut possessiones habet. » (L. Burg., (LXXXIV, § 1.)

Digitized by Google

Atteints ainsi dans leurs biens, les habitants ne le furent pas dans leur condition civile. Ils conservèrent, comme dans le pays occupé par les Visigoths, l'usage de leur droit. Les Bourguignons gardaient le leur. Il dut s'établir une forme d'administration d'un caractère mixte : la législation bourguignonne n'en laisse apercevoir que peu de traits.

Les Bourguignons comme les Visigoths étaient ariens. Ce fut aussi la cause de leur perte. Des antipathies religieuses s'ajoutèrent à la haine qu'une dure expropriation avait mise dans les cœurs. En prince habile, Gondebaud tâcha de gagner l'affection des indigènes par des lois propres à leur plaire [1]. Il réussit à prolonger pour quelque temps la domination des Bourguignons: Clovis tenta en vain de faire subir à Gondebaud le sort d'Alaric II; le royaume de Bourgogne lui survécut, mais pour tomber sous les armes de ses fils. Leur victoire n'eut pas des suites pareilles à celles qu'avait eues la défaite d'Alaric. Les Bourguignons ne furent pas comme les Visigoths, rejetés hors du pays qu'ils occupaient; ils perdirent seulement leur gouvernement national et devinrent sujets des princes francs.

II.

La législation bourguignonne fut mise au jour par Dutillet [2], dont l'édition passa dans les collections postérieures. Une nouvelle publication d'après les manuscrits en a été faite dans la collection de M. Pertz [3] par les soins de M. Bluhme, à qui l'on devait déjà la loi de Reccared Ier dont il a été parlé plus haut.

Cette législation des Bourguignons était désignée à l'époque franque sous le nom de Loi de Gondebaud [4], parce que ce prince fut leur principal législateur. Ce n'est pas que d'autres rois n'eussent avant lui publié des lois [5]; mais Gondebaud les refondit

[1] « Burgundionibus leges mitiores instituit ne Romanos opprimerent. » (Greg. Tur., II, 33.)

[2] « Aurei venerandæque ætatis, libelli, salicam legem continentes, item leges Burgundionum, Almannorum, Saxonum. » (Paris, 1513, 16.)

[3] Pertz. *Leges*, tom. III, p. 497 et s.

[4] « Legem quam dicunt Gundobadam. » (Agob., *Adv. leg. Gund.*, c. 6.)

[5] « Cum de parentum nostrisque constitutionibus... impensiùs cogitaremus. » (L. Burg. *proæm.*)

Digitized by Google

avec les siennes dans un Code publié par lui. Il eut pour successeur son fils Sigismond, remplacé lui-même par Godomar. Ce dernier prince eut un règne trop court et trop agité pour se livrer à des travaux législatifs. Mais Sigismond fut, comme son père, un prince législateur. M. Pardessus a découvert une loi inédite qui porte son nom [1]. On connaissait déjà d'autres lois de Sigismond; mais elles sont mêlées à la législation de Gondebaud d'une manière qui rend difficile, comme on va le voir, de reconnaître ce qui revient à l'un ou à l'autre.

En parcourant le Code bourguignon on trouve par-ci par-là des constitutions qui sont datées. Les dates correspondent pour la plupart au règne de Gondebaud; quelques-unes au règne de Sigismond. Faut-il conclure de celles-ci que le Code bourguignon ne fut publié que sous Sigismond? La tradition lui donne Gondebaud pour auteur. Sans doute il en aura été fait sous Sigismond une publication nouvelle.

M. de Savigny [2] crut trouver au commencement du Code la confirmation de cette conjecture naturelle. Il s'ouvre par une promulgation très-courte, émanée certainement de Gondebaud. Vient ensuite une longue constitution formant un second préambule. Elle porte la date d'un consulat qui correspond à l'an 517, c'est-à-dire à la seconde année du règne de Sigismond. Donc, dit M. de Savigny, Gondebaud avait publié ce Code. Sigismond en fit une nouvelle publication, et le second préambule en est une sorte de promulgation mise par Sigismond à la suite de celle de son père.

L'attribution du second préambule à Sigismond, approuvée d'abord, a été ensuite contestée. Le contenu de cette constitution suggère bien plutôt l'idée qu'elle est de Gondebaud. Des garanties judiciaires y sont données aux Gallo-Romains; un Code de leur droit leur est promis. Ne sont-ce pas les mesures par lesquelles, d'après l'histoire, Gondebaud s'efforça de gagner leur affection? Mais voici un rapprochement décisif. Le titre LXXXI du Code change une règle de procédure consacrée, est-il dit, par une loi antérieure. Or cette loi n'est autre

[1] V. *Journal des savants*, 1839, p. 329. C'est une loi sur les enfants trouvés. Le fond en est tiré du Code Théodosien, *De expositis* (V, 17), et d'un concile d'Arles de 452, c. 51.

[2] Tom. Ier, 2e part., p. 1 et s. (Trad. Guenoux.)

Digitized by Google

chose que la constitution qui figure en tête du Code comme second préambule. Celle-ci est donc antérieure.

Cette remarque conduisit M. Gaupp [1] à une nouvelle conjecture. Il remarque que les constitutions datées qu'on rencontre dans le corps du Code ne commencent qu'au titre XLII. M. Gaupp conclut de là que le Code primitif de Gondebaud n'allait pas plus loin que le titre XLI. Gondebaud lui donna plus tard une suite dans laquelle il fit entrer des lois publiées ultérieurement par lui en différentes années. Le second préambule est l'acte de promulgation de ce Code complémentaire.

La conjecture était spécieuse. Mais comment expliquer la date de 517 qui fixe cet acte à la seconde année du règne de Sigismond ? M. Gaupp fut réduit à dire que la date du second préambule ne correspondait peut-être pas à 517; qu'il s'était peut-être pour cette époque introduit quelque confusion dans les fastes consulaires.

M. Bluhme [2] a émis une hypothèse qui concilierait tout. Oui Gondebaud donna lui-même une suite à son Code, et la publication de ce Code ampliatif fut accompagnée de la constitution qui forme le second préambule. Plus tard Sigismond fit une nouvelle publication de la législation de son père, en y mêlant quelques constitutions émanées de lui-même. La date de 517, qu'on trouve à côté du second préambule, n'est pas la date du jour où cette constitution fut publiée pour la première fois; c'est la date de la nouvelle publication faite par Sigismond du Code de son père.

Laissons maintenant ces questions pour jeter un coup d'œil sur le Code lui-même.

Jusqu'au titre LXXXVIII l'édition de M. Bluhme ne diffère du texte reçu jusqu'ici que par des variantes d'un intérêt secondaire. Il y a jusque-là concordance dans les manuscrits. Mais à partir de ce point il n'en est plus de même.

Dutillet plaça comme titre LXXXIX et dernier du Code une constitution *de reis corripiendis* où figure le nom de Gondebaud, et à la suite du Code il plaça deux suppléments (*additamenta*). Le premier forme une série de titres, le second moins considérable ne forme qu'une série d'articles.

[1] *Die germanischen ansiedlungen*, s. 296.
[2] « Præf. ad L. Burg.

Digitized by Google

M. Bluhme a composé tout autrement son édition. Il a placé à la suite du titre LXXXVIII l'*additamentum I^um^* de Dutillet qui paraît être une loi de Sigismond, et il en a fait les titres LXXXIX à CVI de son édition du Code bourguignon. — Il a placé ensuite comme article CVII l'*additamentum II^um^* de Dutillet. M. Gaupp y avait vu une loi de Godomar [1]. Les manuscrits assignent à cette loi la date de 501 qui la range sous le règne de Gondebaud [2]. — M. Bluhme a fait un article CVIII de la constitution de Gondebaud, dont Dutillet avait fait un titre LXXXIX et dernier. — Enfin il a fait un article CIX de la constitution de Sigismond, découverte par M. Pardessus.

On voit qu'à partir du titre LXXXVIII du Code la législation bourguignonne n'a plus de forme certaine. L'édition de M. Bluhme, comme celle de Dutillet, n'est en cette partie qu'une composition artificielle. Mais cela n'infirme pas le caractère des pièces qu'ils ont disposées différemment : ce sont des débris de la législation des Bourguignons.

Cette législation jette un jour sur les suites qu'eut leur établissement dans la Gaule, sur leurs rapports avec la population indigène. Elle nous fait surtout connaître leurs coutumes. Ce n'est pas le droit d'un peuple transformé comme les Visigoths. L'Église ne put exercer sur les Bourguignons qu'une action indirecte et faible, puisqu'ils étaient ariens. L'influence du droit romain est plus sensible [3]; mais elle ne se produit que dans des détails; elle n'a point changé l'esprit du droit bourguignon; les usages les plus caractéristiques des Germains s'y montrent encore dans leur rudesse barbare.

III.

La constitution placée comme second préambule en tête du Code bourguignon dispose qu'il doit faire règle, non-seulement entre Bourguignons, mais aussi dans les litiges entre Bourguignons et Romains. Ceux-ci, toutefois, jouissent de la garantie d'un tribunal mixte.

Dans les litiges où il n'y a d'engagé de part et d'autre que

[1] Gaupp., *Die germ. ansiedl.*, s. 298.
[2] V. Bluhme, L. Burg., p. 575.
[3] V. Savigny, I, 2e part., p. 3 et s. (Trad. Guen.)

Digitized by Google

des Romains, leur droit ancien continue de les régir et leur est appliqué par des juges de leur nation. Il leur est même fait promesse d'un Code qui en améliorera la pratique et en facilitera l'application.

Le gouvernement bourguignon conçut donc la pensée d'une œuvre analogue dans son but, sinon dans sa forme, au *Breviarium* d'Alaric II.

Cette pensée reçut-elle son exécution? Cette promesse fut-elle remplie?

Ce qu'il y a de certain, c'est que nous possédons un manuel de droit romain, composé au temps de la domination des Bourguignons et pour l'usage des Gallo-Romains du pays qu'ils occupaient. C'est l'ouvrage connu sous le nom de *Papien* [1].

Ce nom qu'on trouve dans les manuscrits est, selon toute apparence, le produit d'une confusion. Dans les recueils destinés à l'usage des tribunaux, cet ouvrage fut placé à la suite du *Breviarium*, et quelquefois sans prendre soin de marquer où l'une des deux œuvres finissait, où commençait l'autre. Le *Breviarium*, on se le rappelle, est clos par un court passage de Papinien. Quelque copiste aura attribué tout ce qui suivait au grand jurisconsulte romain, appelé quelquefois Papien par contraction.

Bien peu de savoir ou même d'attention aurait prévenu cette erreur. Non-seulement le *Papien* est une composition très-grossière, mais elle indique par des signes certains son temps et sa destination. On y lit au titre II que le droit romain n'ayant point de tarif pour la vie des personnes sur qui un homicide aurait été commis, le roi a prescrit de suivre un tarif qui est donné. Il est clair que nous avons là un livre composé à l'usage de populations romaines dans quelque pays occupé par les barbares. Quel est ce pays? Le royaume de Bourgogne; car le tarif donné est précisément celui de la loi bourguignonne. La disposition des matières dans le *Papien*

[1] Le *Papien*, publié une première fois en 1528 par Sichard, fut reproduit en 1719 dans la Jurisprudence antijustinianéenne de Schulting. — Une nouvelle édition annotée savamment avait été donnée en 1826 par M. Barkow. Il restait à publier de nouveau le *Papien* d'après les manuscrits. C'est ce qui a été fait par M. Bluhme dans la collection Pertz. (*Leges*, III, p. 579 et s.

[2] It. Savigny, I, 2e part., p. 6 et s. — Bluhme, *Præf.*, p. 579.

Digitized by Google

est une nouvelle preuve : elles s'y présentent dans le même ordre que dans le Code de Gondebaud.

Il reste à découvrir si le *Papien* est une œuvre privée, ou s'il ne faut pas plutôt y voir le Code promis à la population gallo-romaine du royaume de Bourgogne. Le style, à la vérité, est celui d'un jurisconsulte qui expose le droit. Mais il se peut que Gondebaud ait fait composer un manuel dans cette forme, et l'ait ensuite revêtu d'une autorité légale. Le coïncidence de la promesse avec une œuvre qui paraît si bien en être l'exécution est plus qu'un indice, c'est presque une preuve.

Nous avons donc là un pendant du *Breviarium*, mais d'un bien moindre prix. Le *Papien* n'obtint pas un grand cours, et ce n'est pas par lui, c'est par le Code d'Alaric que fut conservée quelque connaissance du droit romain. Sa valeur doctrinale est nulle. Il n'a pas d'ailleurs, comme le *Breviarium*, le mérite d'avoir sauvé quelque œuvre d'un jurisconsulte de l'époque classique [1]. Le principal intérêt qu'il offre, c'est de nous montrer l'état d'une science qui devait s'abaisser de plus en plus [2].

Avant d'aller plus loin, résumons les faits qui viennent de passer sous nos yeux. On voit à quel point les divers établissements barbares différèrent dans leur caractère et leurs suites. Tandis qu'en Italie les Ostrogoths se fondent avec les indigènes, adoptant leurs mœurs et leur droit, les Anglo-Saxons en Bretagne foulent sous leurs pieds les vaincus et font table rase de tout ce qui avait existé. Ce fut aussi une dure conquête que celle de l'Italie par les Lombards, celle de l'Afrique par les Vandales; elles furent cependant loin d'avoir cette violence sauvage. Les deux établissements que les Visigoths et les Bourguignons formèrent en Gaule, par suite de traités avec l'Empire, eurent un caractère encore plus modéré, mais sans atteindre la douceur de l'établissement ostrogoth en Italie.

Ce qui nous paraît le plus dur, c'est le partage que les

[1] On trouve dans le *Papien* certaines règles puisées ailleurs que dans les sources du droit romain que nous possédons (V. Savigny, p. 21. — Barkow, *Præf.*, p. 58 et s.). Mais quelle foi méritent-elles?

[2] Je dois dire cependant que Cujas ne méprisait pas cet ouvrage qu'il attribuait à quelque jurisconsulte ignoré du nom de Papien. « Papiani, non Papiniani illius qui sunt, qui erunt, quique fuerunt jurisperitissimi, sed paulo inferioris ævi...; Papiani nec incauti, nec inelegantis jurisconsulti. »

Digitized by Google

Gallo-Romains eurent à subir. Mais peut-être ne s'en fait-on pas une juste idée. Le savant M. Gaupp [1], a exposé sur ce point des aperçus ingénieux. Il a rattaché ce partage aux pratiques que l'Empire suivait pour les troupes cantonnées dans une province. Elles y étaient logées chez les habitants, et le Code Théodosien règle avec soin quelle part de la maison l'habitant doit céder à *l'hôte* qui lui est imposé. Il y avait aussi à pourvoir à la nourriture du soldat. Elle était fournie par l'annone, impôt en nature dont les propriétaires fonciers étaient grevés en sus de l'impôt principal payable en argent. C'est dans des conditions semblables, dit M. Gaupp, que les Visigoths et les Bourguignons, entrés au service de l'Empire, furent cantonnés dans la Gaule. Une sorte de communauté s'établit ainsi entre les Gallo-Romains et les hôtes barbares qui occupaient une partie de leurs demeures, consommaient une partie du produit de leurs terres. Cette communauté fut une source de difficultés qui conduisirent à remplacer ce partage de jouissance par un partage de la propriété. M. Gaupp relève quelques textes qui semblent en effet indiquer qu'un état de communauté avait précédé le partage. Je n'oserais dire que M. Gaupp a découvert la vérité; mais cette conjecture n'est pas sans vraisemblance et méritait d'être signalée.

Les rapprochements que je viens de faire faciliteront l'appréciation du caractère et des suites qu'eut l'établissement de la monarchie franque. Arrivons à cet État destiné à une grandeur et une durée que n'eut aucun autre État barbare.

CHAPITRE VI.

ÉTABLISSEMENT DE LA MONARCHIE FRANQUE.

I.

Les Francs n'apparaissent dans l'histoire que vers le milieu du IIIe siècle [2]. Tacite n'en fait point mention, soit que la confédération qui prit ce nom ne fût point encore formée, soit que les Francs habitassent encore au delà de la Germanie connue

[1] *Germanische ansiedlungen.*
[2] V. Vopisc. in Aurelian., 7.

Digitized by Google

de Tacite. Le fait est que les Francs paraissent être venus du Nord [1] et avoir séjourné sur les bords de l'Elbe [2]. Le nom de *Sicambres* qu'on leur voit donné [3] suggère l'idée qu'ils appartenaient à cette famille Cimbrique ou Cimmérienne dont on suit la marche depuis l'Asie jusqu'au nord de l'Europe.

Ne serait-ce point une vague tradition restée chez les Francs de leur origine orientale, qui donna naissance à l'idée si accréditée au moyen âge que les Francs descendaient des Troyens [4] ? On rencontra la même prétention chez les Arvernes, chez les Bretons. Partout elle fut suggérée par le désir de se rattacher par une communauté d'origine aux Romains. Mais il fallut que quelque chose prêtât appui à cette fable.

Il n'y a pas plus d'importance à attacher à une autre origine qu'on a attribuée aux Francs. Tacite constate en Germanie la présence de peuplades qui avaient une physionomie gauloise : c'étaient, selon toute apparence, des tribus celtiques restées en arrière. Il a plu à des écrivains d'y voir des colonies venues de la Gaule, et de faire descendre las Francs de quelqu'une de ces colonies [5]. La Gaule n'aurait donc été conquise que par ses propres enfants. Le dialecte tudesque des Francs dément cette illusion de vanité nationale.

Le nom de Francs a donné lieu encore à d'autres conjectures qu'on aurait pu s'épargner. Il est attesté par une foule de témoignages que ce fut une épithète exprimant leur courage sauvage [6].

[1] Esmoldus Nigellus (*Viti Ludovicii pii*, liv. 4 dit des *Normands*) :

« Nort quoque Francisco dicuntur nomine maximi...
« Unde genus Francis ad fore fama refert. »

[2] Le géographe de Ravenne, parlant de la contrée que l'Elbe arrose, dit : « In quâ Albis patriâ per multos annos Francorum linea remorata est. »

[3] Saint Remi dit à Clovis en le baptisant : « Depone colla, sicamber. » (D. Bouq., III, 377.) — Fortunat écrivait plus tard à Caribert : « Cum sis progenitus clarà de gente sicamber. (Ap. D. Bouq., II, 506.)

[4] V. Fredegar. Ap. Duchesne, *Hist. franc. script.*, I, 725. — *Vit. Sigeberti*, ap. Duch., I, 591. — *Chronicon. Moissiacense* ap. Pertz. *Mon. Germ. hist.*, I, 282. — P. Warnefrid, *Gesta episc. met.* ap. Pertz, II, 264, etc.

[5] Audiguier, *De l'origine des Français*. — Lacarry, *De origine Francorum*, etc.

[6] « Francus nomen habet à feritate suâ. (*Ludov. pii viti*, I, v. 343.) — « Franci id est feroces appellati sunt. » (*Vit. Sigebert.* ap. Duch., I, 591.) — « Francos... quod latina lingua interpretatur feroces. » (*Sigbert* ap.

Digitized by Google

Ceux qui reçurent ou se donnèrent ce nom composaient une confédération formée de plusieurs petits peuples. On la voit, vers l'an 240, faire effort pour s'ouvrir la Belgique. Aurélien, qui n'était encore que tribun d'une légion, leur livra un combat sanglant près de Mayence[1]. Des expéditions faites plus tard contre eux par Constantin, par Julien, montrent à quels rudes ennemis l'Empire avait affaire de ce côté. Des tribus vaincues furent transplantées dans l'intérieur de la Gaule, où elles formèrent des colonies de Letes[2]. L'Empire chercha à se faire des alliés des autres. Il fit entrer des corps de Francs dans ses armées. Leurs chefs devinrent des personnages importants, acquirent de l'influence à la cour des empereurs[3]. A un moment un de ces chefs, Arbogast, tint dans ses mains les destinées de l'empire d'Occident. Les Francs profitaient de ces rapports avec l'Empire pour en obtenir des cessions de territoires[4], puis ils profitaient de sa faiblesse, de ses embarras, pour les agrandir et s'étendre. C'est dans ces alternatives que se passa le temps écoulé depuis le moment où ils apparaissent dans l'histoire, battus par Aurélien, jusqu'à celui où ils se montrent en conquérants à qui la Gaule ne peut plus échapper.

II.

Fixons bien la situation des choses à ce moment.

Les Bourguignons étaient établis le long de la Saône et du Rhône. De là jusqu'à la Loire s'étendait le royaume des Visigoths. La péninsule armoricaine était au pouvoir de chefs bretons qui avaient secoué l'autorité de l'Empire[5]. On voit à quoi

Pistor. *Rer. germ. script.*, I, 690.) — On a cru trouver dans un mot irlandais *frak*, hardi, entreprenant, — en Anglo-Saxon *frec*, l'étymologie du nom des Francs. (Jamieson, *Etym. dict.*, v° *Frak*.)

[1] Vopisc. in Aureliano, 7.

[2] « Quid loquar intimas Francorum gentes à propicis sedibus avulsas et in desertis Galliæ regionibus collocatas. » (Eumen., *Paneg. Const. magn.*) — « Nerviorum et Trevirorum arva jacentia *lætus* postliminio restitutus et receptus in leges Francus excolit. » (*Ib.*)

[3] « Tunc in palatio Francorum multitudo florebat. » (Amm. Marc., XV.)

[4] Comme celle qui fut faite sur la rive gauche du Rhin, près de Cologne, à des tribus franques qui prirent de là le nom de Ripuaires. (V. *infr.*)

[5] Un passage de Zozime, VI, 5, constate ce fait important : « Comme la plus grande partie des troupes de Constantin était occupée en Espagne, les barbares d'outre-Rhin envahirent l'île de Bretagne et en forcèrent les habi-

Digitized by Google

se réduisait la Gaule restée romaine. Les Francs s'efforçaient de l'envahir. Aux temps voisins de la chute de l'empire d'Occident, un général vaillant et habile, Aétius, réussit à les contenir, à les refouler [1]. Egidius succéda à son commandement. En 476, il voyait crouler l'empire d'Occident. Egidius continua de défendre la Gaule, et de travailler à s'y faire une sorte de royaume. En mourant il le transmit à son fils Syagrius [2].

Tournons maintenant nos regards du côté des Francs. Les chroniques les montrent sous le commandement de Pharamond, puis de Clodion, de Mérovée, de Childéric, enfin de Clovis. La seule chronique qui nomme Pharamond lui donne Priam pour prédécesseur [3]. Priam fait douter de Pharamond. Clodion est un personnage plus historique. Il sortit du pays de Tongres où était le siége de son autorité [4], s'empara de Cambrai et fit une pointe hardie jusqu'à la Somme. Les chroniques parlent moins des exploits de son fils Mérovée, quoiqu'il ait eu la gloire de donner son nom à la première race de nos rois. Childéric, dont on a retrouvé le tombeau près de Tournai au dernier siècle, vit ses sujets se révolter et transporter leur obéissance à Egidius; mais il les vit aussi revenir à lui. A leur tête, prenant exemple de Clodion, il s'avança jusqu'à Orléans [5] et se retira sans doute devant les troupes d'Egidius. Chose étrange! Sidoine Apollinaire donne à Childéric le titre romain de maître des milices. Une chronique lui donne même le titre de patrice, le plus haut titre de l'empire. Cette chronique, il est vrai, a peu d'autorité; mais Sidoine en a davantage. Il n'est pas impossible que l'Empire ait conféré à Childéric un de ces titres

tants à se séparer de l'Empire... A l'exemple de la Bretagne, l'Armorique et d'autres cités gauloises proclamèrent leur indépendance, et après avoir expulsé les autorités romaines se constituèrent en état libre.

[1] « Pars Galliarum propinqua Rheno quem Franci possidendam occupaverant Aetii comitis armis recepta. » (Prosp., *Chron.*)

[2] « Egidius dux Romanorum tyrannus. » (*Gest. francor.*) — « Siagrius Egidii filius in regnum ejus recedit habitavit que in suessonis civitate ubi et sedem regni tenebat. » (*Ib.*, c. 8.)

[3] « Priamus quidam regnat in Franciâ quantum alteris colligere potuimus. — Pharamundus regnat in Francia. » (Prosp., *Chron.*, éd. Pithou.)

[4] « Fuerunt etiam tunc Clogionem utilem ac nobilissimum in gente sua regem Francorum fuisse, qui apud Dispargum castrum habitabat quod esse in finibus Thorisgorum. » (Greg. Tur., II, 9.)

[5] « Childericus Aurelianis pugnas egit. » (Greg. Tur., II, 18.)

Digitized by Google

illusoires par lesquels il essayait de se rattacher les chefs barbares, et qu'ils acceptaient, qu'ils recherchaient même pour s'en servir contre lui en s'en autorisant auprès des populations romaines. Échange singulier de ruses entre la force et la faiblesse qui cherchent à se tromper mutuellement!

Il paraît que Clovis ne dédaigna pas de prendre lui-même le titre romain qu'avait porté son père, et qu'il se présenta ainsi aux Gallo-Romains comme le représentant légitime de l'autorité impériale dans la Gaule, où Syagrius n'était qu'un usurpateur. Quoi qu'il en soit, Clovis marche à la tête de ses Francs contre Syagrius, le bat et s'établit à Soissons, dont Syagrius avait fait sa capitale. Nous voyons ensuite Clovis assiéger Paris. La légende met en scène à cette occasion une jeune bergère dont l'Église a fait une sainte, et Paris sa patronne. Clovis arrivé ainsi à la Seine ne tarda pas à étendre son autorité jusqu'à la Loire. Il avait sans doute laissé de côté les chefs bretons auxquels il eut affaire plus tard. Un historien de l'Orient, Procope, constate que Clovis traita avec l'Armorique. Clovis se contenta d'une reconnaissance de sa suprématie; car on voit pendant toute l'époque mérovingienne les chefs bretons se conduire en vassaux insoumis. Procope dit que ce traité avec l'Armorique fut facilité par la communauté de religion. Clovis était païen qnand il marcha contre Syagrius; mais la douce influence de la reine Clotilde, nièce de Gondebaud et cependant catholique, l'attira à la foi chrétienne. Le fier Sicambre courba son front sous l'eau du baptême que lui versait saint Remi, évêque de Reims, et jura d'adorer ce qu'il avait brûlé, de brûler ce qu'il avait adoré. Dès lors Clovis devint l'espoir du catholicisme. L'épiscopat contribua sans doute à ses succès si prompts; c'est lui, à n'en pas douter, qui négocia la soumission de l'Armorique; l'historien anglais Gibbon a dit que la monarchie française fut fondée par les évêques. Clovis le comprenait ainsi : il datait son règne du jour de son baptême.

Quand la nouvelle de ces événements fut arrivée à Constantinople, l'empereur d'Orient, qui se regardait comme l'héritier de l'empire d'Occident, tenta de se rattacher par quelque faible lien le jeune État formé dans la Gaule. Il conféra à Clovis le titre honoraire de consul [1], peut-être la haute dignité de pa-

[1] « Chlodovachus ab Anastasio imperatore codicillos de consulatu accepit. » (Greg. Tur., II, 38.)

Digitized by Google

trice [1]. Clovis ne fut pas insensible à ces titres; c'était un hommage rendu à sa force, et la légitimation de son pouvoir aux yeux des Gallo-Romains. Quant à la suzeraineté de l'Empire, il saurait bien la rendre vaine. Les lettres impériales furent donc publiées solennellement. Clovis se montra à cheval revêtu des ornements consulaires, jeta, selon l'usage, de l'argent à la foule qui dans ses acclamations lui donnait le titre d'Auguste [2]. Clovis était désormais pour les Gallo-Romains le délégataire de la puissance impériale dans la Gaule.

III.

Il s'occupa d'y étendre son autorité.

De l'autre côté de la Loire s'étendait le royaume des Visigoths; Clovis se sentait appelé par les vœux de la population catholique; il rassemble les Francs et leur dit : « C'est vraiment grande honte que des hérétiques occupent ce beau et riche pays. Marchons contre eux et faisons triompher la cause du Dieu à qui vous avez avec moi transporté votre culte. » Les Francs témoignèrent en agitant bruyamment leurs framées qu'ils étaient prêts à faire ainsi l'affaire du ciel en même temps qu'ils feraient si bien la leur. On sait la suite, et comment les Visigoths, rejetés de l'autre côté des Pyrénées, ne gardèrent en Gaule que la Septimanie le long de la Méditerranée. Cette province, conquise plus tard sur les Goths par les Arabes devenus maîtres de l'Espagne, fut reprise aux Arabes par Charles Martel.

Les Pyrénées furent franchies, et la monarchie franque eut au delà des montagnes une province nommée Marche d'Espagne, qui devait devenir le comté de Barcelone, la Catalogne d'aujourd'hui.

Les Ostrogoths avaient de leur côté franchi les Alpes et occupaient un coin de la Gaule. Attaqués par les troupes de Justinien ils recherchèrent l'alliance des Francs. Le territoire

[1] « In quibus videlicet litteris hoc continebatur quod complacuerat sibi et senatoribus eum esse amicum imperatorum, patriciumque Romanorum. » (Aimoin., I, 22.)

[2] « Tunicâ blateâ indutus et chlamide, imponens cervici diadema... æs censo equite aurum argentumque... spargens, consul et Augustus est vocitatus. » (Greg. Tur., II, 38.) — « Consul simul et Augustus meruit appellari. » (Aimoin., I, 22.)

Digitized by Google

qu'ils possédaient en Gaule en fut le prix [1]. Les Francs passèrent les Alpes au secours des Goths; mais descendus en Italie ils virent que la chance était pour Justinien. Abandonnant leurs alliés ils épousèrent sa cause, et en retour Justinien renonça en faveur des princes Francs aux prétentions que l'Empire pouvait avoir encore sur la Gaule [2].

La monarchie franque ne se renferma pas dans ses limites; elle déborda au dehors.

La Germanie lui fut successivement incorporée.

A l'époque où Clovis marchait contre Syagrius, il se vit attaqué sur ses derrières par les Alemans, peuple dont le nom s'est étendu, avec le temps, à toute la Germanie, et qui occupait alors la contrée nommée plus tard la Souabe, plus tard encore la Suisse. Clovis, se retournant contre eux, les battit à Tolbiac. Les Alemans devinrent dès lors sujets des Francs en gardant toutefois, jusqu'à l'époque carlovingienne, un reste d'autonomie sous des ducs nationaux, grands vassaux des princes francs.

Les Bavarois établis au delà des Alemans dans le pays qui a retenu leur nom, ne tardèrent pas à éprouver le même sort.

Sur le Rhin inférieur, les Francs confinaient aux Frisons, maîtres du pays qui a pris le nom de Hollande. La conquête de la Frise demanda aux Francs de longs efforts.

Dans son voisinage était la Thuringe qui fut aussi conquise.

Les Francs se trouvèrent alors en présence des Saxons. La soumission de la Saxe leur coûta un siècle de luttes sanglantes. Charlemagne ne put l'achever qu'en y portant à plusieurs reprises le fer et le feu. Mais alors seulement la barbarie, toujours prête à déborder de nouveau, fut solidement contenue, et l'on put dire que l'ère des invasions était irrévocablement close.

La monarchie franque que nous venons de voir s'étendre au delà des Pyrénées, au delà du Rhin, s'étendit aussi au delà des Alpes. On a vu comment, à l'appel de la papauté menacée, Pépin, puis Charlemagne franchirent les Alpes; comment Charlemagne mit sur sa tête la couronne des Lombards et bientôt après celle d'un nouvel empire d'Occident rivalisant

[1] Procop., *Guerre contre les Goths*, liv. I, c. 12.
[2] Procop., liv. I, c. 13.

Digitized by Google

par ses proportions avec l'ancien. Mais sa grandeur même fit sa faiblesse, et prépara sa prompte dissolution.

IV.

A quelles causes les Francs durent-ils ce rapide et magnifique essor de leur puissance?

J'en aperçois deux principales. C'est d'abord que les Francs restèrent plus Germains que d'autres peuples dont la fortune fut moins durable. Ceux qui s'étaient etablis dans des provinces intérieures de l'Empire n'y furent point retrempés par l'élément barbare. Les Francs durent à la position qu'ils occupaient de rester en communication perpétuelle avec la rude et forte Germanie; ils purent ainsi se civiliser sans perdre leur esprit militaire.

Je trouve la seconde raison dans les étroits rapports des princes francs avec le clergé catholique et avec la papauté. On a vu tomber tous les États fondés par les ariens; la monarchie franque grandit de plus en plus parce qu'elle avait uni sa cause à celle du catholicisme. Si l'Église dut beaucoup aux princes francs, ils ne durent pas moins à l'Église. L'épiscopat négocia la soumission de l'Armorique à Clovis; il lui donna la main pour renverser la puissance des Visigoths, comme plus tard à ses fils pour renverser celle des Bourguignons. Quand les Francs s'enfoncèrent en conquérants dans la Germanie, les missionnaires marchèrent à la suite des armées, semant les germes de la civilisation chrétienne et consolidant ainsi la conquête [1]. N'est-ce pas enfin la papauté qui donna l'Italie aux Francs, et fit de leur royaume un empire. L'Église préside alors aux destinées de l'Occident : ce qu'elle condamne tombe bientôt; ce qu'elle soutient, prospère et grandit.

CHAPITRE VII.

Des suites qu'eut l'établissement de la monarchie franque.

Le caractère et les suites de l'établissement de la monarchie franque ont donné lieu depuis longtemps à de vives controverses.

[1] V. le beau mémoire de M. Mignet sur l'introduction de la Germanie dans la civilisation européenne.

Digitized by Google

Dans le pêle-mêle d'idées qui s'est produit sur ce sujet, deux opinions extrêmes dominent le reste : c'est d'une part le système de Boulainvilliers, de l'autre celui de l'abbé Dubos.

Vers la fin du règne de Louis XIV vivait en Picardie un gentilhomme qui, après avoir servi dans l'armée, s'était retiré dans ses terres, et y consacrait ses loisirs à des études sur l'ancien gouvernement de la France. Esprit libre et fier, le comte de Boulainvilliers déplorait la tournure despotique qu'avait prise le gouvernement de son pays. Mais il ne s'irritait pas moins du néant où la noblesse était tombée. Il aurait voulu pour la France un régime de liberté politique où l'influence, le pouvoir n'auraient appartenu qu'à la noblesse. Il crut trouver la réalisation de cet idéal aux premiers temps de la monarchie. Il voyait les Francs maîtres du pays par droit de conquête, les Gallo-Romains sujets de ce peuple souverain; les Francs, très-peu dépendants de leurs rois, se gouvernant dans de libres assemblées, et pratiquant entre eux une fière égalité. La noblesse était l'héritière des Francs; Boulainvilliers crut avoir retrouvé ses titres au gouvernement de la France. Il développa ces idées dans des écrits imprimés seulement après sa mort[1], mais qui de son vivant avaient circulé en manuscrits et saisi vivement l'attention.

Tout n'était pas nouveau, il s'en faut bien, dans le système de Boulainvilliers. Antérieurement Loyseau avait soutenu que les Francs réduisirent les Gallo-Romains à l'état de serfs[2]. Boulainvilliers n'alla pas si loin. Quant à faire de la noblesse l'héritière des conquérants de la Gaule, c'est une idée qui remonte fort haut; on la trouve au XIIIe siècle dans la bouche du baronage français[3]. Boulainvilliers ne fit donc que relier des idées anciennes en un système mieux combiné et plus spécieux. La nouveauté fut surtout dans le tableau qu'il fit du gouvernement primitif de la monarchie et dans les conclusions politiques qu'il en tira.

En demandant un retour à la constitution primitive de la

[1] *Histoire de l'ancien gouvernement de la France.*

[2] Loyseau, *Traité des ordres.*

[3] Mathieu Paris nous a conservé le programme curieux d'une ligue formée vers 1247 par les barons contre la puissance ecclésiastique : ils y disent que le royaume de France n'a pas été fondé par les clercs, mais par les armes et les sueurs de leurs ancêtres, etc.

Digitized by Google

France telle qu'il l'imaginait, Boulainvilliers tournait le dos à la marche des temps. La noblesse avait perdu toute importance réelle, faute d'avoir su comprendre cette marche et se mettre, avec honneur pour elle-même et au grand profit du pays, à la tête des intérêts nouveaux. Pendant qu'elle laissait échapper ce rôle par imprévoyance, par défaut d'esprit politique, le tiers état avait grandi constamment. Le commerce, l'industrie, l'esprit d'ordre et d'économie lui avaient donné la fortune; l'étude, la science lui avaient livré les affaires. Cet ordre, pour qui Siéyès demandait en 89 qu'il devînt quelque chose, était déjà presque tout.

La thèse orgueilleuse de Boulainvilliers appelait une réponse du tiers état; ce fut l'ouvrage de l'abbé Dubos [1]. Le savant académicien ne voit dans Clovis qu'un délégataire de l'autorité impériale. Il s'attache à effacer l'idée de conquête, si bien qu'il semble, après l'établissement des Francs, qu'il y ait seulement quelques Germains de plus dans la Gaule. La noblesse n'a dû sa naissance qu'à des faveurs royales. La conclusion, laissée dans l'ombre par Dubos, se tire d'elle-même : ce que le souverain a élevé, ne peut-il pas le laisser retomber?

Les idées de Boulainvilliers et de Dubos partageaient l'opinion, lorsque Montesquieu composa son *Esprit des lois*. Lequel des deux suivra-t-il? Montesquieu ne se met à la suite de personne. Il prend pour devise la recommandation du soleil remettant la conduite de son char à Phaéton : *Inter utrumque tene* [2]. Il annonce ainsi l'intention de frayer sa voie entre les deux systèmes. Mais Montesquieu ne sait pas oublier qu'il est de noble race; il voit dans l'ouvrage de l'abbé Dubos une sorte de conjuration contre la noblesse, et dans sa discussion il se laisse verser du côté de Boulainvilliers.

Le problème a été abordé de nos jours avec les mêmes préoccupations. En 1819 parurent, dans un journal hostile à la Restauration, des *Lettres sur l'histoire de France*, signées d'un nom encore inconnu, bientôt célèbre. Augustin Thierry y reprenait avec un tout autre éclat la donnée de Boulainvilliers,

[1] *Histoire critique de l'établissement de la monarchie française dans les Gaules.*

[2] *Esprit des lois*, XXX, 10, 23 et s.

Digitized by Google

mais pour la retou[illegible]tre la classe que Boulainvilliers avait cru servir. « A travers l'intervalle de quinze siècles, disait-il, « nous sommes conduits au terme extrême d'une conquête « qu'il s'agit d'effacer. »

La passion qui respire dans ce trait sanglant céda plus tard à l'étude, à la réflexion. Il se fit chez Augustin Thierry une clarté intérieure qui le dédommagea de la vue du monde extérieur perdue pour lui. Les temps passés se dressèrent devant son esprit avec une vérité de couleurs qu'on ne connaissait point encore. C'est alors qu'il écrivit ses *Récits mérovingiens*, précédés d'une magnifique introduction où il rectifiait ce que ses premiers aperçus avaient eu d'excessif. L'histoire du droit romain au moyen âge par M. de Savigny lui avait fait voir l'époque franque sous un jour nouveau. Il n'y aurait plus rien à faire s'il avait tourné vers l'étude des institutions le puissant esprit qu'il appliqua à la peinture des mœurs.

Sortons de ces généralités pour préciser les questions principales que renferme le problème à éclaircir.

I.

Les Francs sans doute conquirent la Gaule. Mais sur qui cette conquête se fit-elle? Sur les Gallo-Romains, ou sur les généraux qui commandaient les troupes impériales? La population indigène s'engagea-t-elle dans la lutte, ou la lutte se passa-t-elle en quelque sorte au-dessus de sa tête? Voilà la première question qui se présente. Malheureusement nous sommes réduits à des conjectures. Je distinguerai deux moments dans l'établissement des Francs. Avant Clovis ils s'étaient avancés au nord de la Gaule en ravageant le pays. Depuis longtemps c'était le théâtre d'incursions qui firent sur plusieurs points la solitude. L'Empire les repeupla en y établissant des colonies militaires, des corps de Lètes. La guerre, dans cette partie de la Gaule, dut mettre les Francs aux prises avec les populations. Aussi voit-on plus tard que le pays avait changé de face; la langue latine avait presque cessé de s'y parler. Le fond de la population y fut donc renouvelé. Mais la conquête de Clovis eut un autre caractère. Elle semble s'être faite bien moins sur les indigènes que sur les troupes de Syagrius. Les moyens nous manquent pour éclaircir davantage une question d'un si grand intérêt. On ne peut saisir que

Digitized by Google

les résultats de la conquête, enveloppés eux-mêmes d'obscurité.

II.

L'établissement de Clovis entraîna-t-il une expropriation pour les Gallo-Romains?

Il faut écarter l'idée d'un partage des terres analogue à celui qui suivit l'établissement des Visigoths et des Bourguignons. Si un tel partage avait eu lieu, comment se pourrait-il qu'aucune chronique n'en fasse mention, qu'aucune trace ne s'en trouve dans la législation?

Quelle conséquence tirer de là? Serait-ce que les Francs prirent tout, les Gallo-Romains ayant été réduits à l'état de serfs, selon l'idée de Loyseau, ou leurs propriétés ayant été transformées en possessions dépendantes et tributaires, selon l'idée de Boulainvilliers? Toute l'histoire de l'époque franque dépose contre de telles suppositions. Faut-il donc croire avec Dubos que les Francs ne prirent rien, qu'ils trouvèrent à s'établir sur les domaines du fisc, sur les terres abandonnées, sans avoir besoin de s'attaquer aux propriétés privées? Montesquieu ne voulut admettre ni que les Francs eussent pris tout ni qu'ils n'eussent pris rien. Il trancha la question avec cette légèreté brillante qu'on retrouve dans plus d'une page de son livre immortel : « Les Francs prirent... ce qu'ils voulurent [1]. » La science contemporaine s'est partagée, aussi bien en Allemagne qu'en France, entre l'idée de Montesquieu et celle de Dubos [2], mais sans pouvoir démontrer l'une ou l'autre hypothèse. Pour mon compte, j'admets l'idée de Montesquieu pour les parties de la Gaule conquises avant Clovis; j'incline vers celle de Dubos pour celles dont il se rendit maître.

[1] *Esprit des lois*, XXX, 7.

[2] L'idée de Montesquieu paraît adoptée par M. Guizot. (V. *Essais sur l'hist. de Fr.*, p. 89.) — M. Guérard (*Polypt. d'Irmin.*, proleg., p. 503, et *Bibl. de l'éc. des ch.*, 3e sér., II, 2). — Fauriel (*Hist. de la Gaule mérid.*, II, 33.)

L'idée de Dubos est partagée par MM. Petigny, II, 577. — Laboulaye, *Hist. du dr. de pr.*, p. 252. — Pardessus, *Loi saliq.*, p. 534.

L'opinion n'est pas moins divisée en Allemagne.

Digitized by Google

III.

La condition personnelle des Gallo-Romains, à la suite de la conquête de Clovis, soulève aussi de graves difficultés.

Ce n'est pas qu'il soit besoin de s'arrêter à prouver contre Loyseau et Boulainvilliers que les Gallo-Romains ne devinrent ni serfs ni simples possesseurs tributaires. Mais lorsque Dubos affirme que Francs et Gallo-Romains furent mis sur un pied de parfaite égalité, des objections de la plus grande force s'élèvent contre cette assertion.

C'est d'abord la loi salique. On sait que les lois barbares sont avant tout un tarif des délits. D'après l'usage des Germains un méfait se payait à la partie lésée, un homicide à la famille de la victime; et selon que la victime avait appartenu à une condition plus haute ou plus humble, l'homicide se payait plus ou moins cher. Le tarif du meurtre nous fait ainsi connaître l'échelle des conditions sociales. Eh bien, la vie du Gallo-Romain n'est évaluée par la loi salique qu'à moitié prix de celle du Franc.

Je sais ce qu'on peut répondre. La rédaction de la loi salique remonte au delà de Clovis, au temps où les Francs n'étaient encore parvenus à s'établir qu'au nord de la Gaule, dans une contrée où la conquête eut le caractère violent que je signalais tout à l'heure. Mais la loi salique a-t-elle été en ce point modifiée plus tard? Non; elle subit des révisions; la distinction du Franc et du Romain ne fut pas effacée. Des capitulaires en abrogèrent certaines dispositions; celle-ci ne fut pas rapportée.

Mably qui voulait pour la France l'égalité démocratique, et qui s'efforçait, à l'exemple de Boulainvilliers, de donner à ses conceptions politiques la consécration de l'histoire, Mably crut trouver l'explication dans une idée que Montesquieu avait accréditée[1]. Certains textes avaient fait penser que dans la monarchie franque chacun eut la faculté de choisir, parmi les lois des divers peuples qui s'y trouvaient incorporés, celle sous laquelle il voulait vivre. Montesquieu avait appuyé cette opinion de sa grande autorité. Mably s'en empara, et il dit : Le Gallo-Romain put renoncer à son droit romain pour adopter la loi salique. Par cette adoption il changeait sa nationalité et

[1] *Observations sur l'histoire de France*, liv. I, ch. 2.

Digitized by Google

passait des rangs du peuple sujet dans ceux du peuple souverain. Dès que cette porte eut été ouverte, tous les Gallo-Romains durent s'y précipiter : l'inégalité primitive s'effaça ainsi. J'ai réfuté ailleurs l'idée de Montesquieu qui servit de point de départ à Mably[1]. Son raisonnement croûle si l'idée qui en faisait la base est fausse, et ce point est hors de doute.

M. de Petigny a, de nos jours, cherché une autre explication[2]. Il suppose qu'il s'opéra dans le système de la pénalité un changement qui ôta toute portée aux différences mises par la loi salique dans l'évaluation de la vie du Franc et du Gallo-Romain. — Cette explication, comme celle de Mably, repose sur une base fragile. L'étude du droit criminel de la monarchie franque, que je ne puis exposer incidemment, la fait évanouir.

Nous avons au reste d'autres témoignages de la condition supérieure des Francs après l'établissement de Clovis. Elle reparaît dans un capitulaire mérovingien de 596[3]. L'article 8 prend des mesures pour la répression du brigandage : « Si le coupable est un Franc, il sera renvoyé devant le roi; s'il est de condition inférieure (*debilior persona*), il sera pendu sur le lieu[4]. » — L'article 14 frappe d'amende la violation du repos du dimanche : l'amende est graduée d'après la classe à laquelle appartient le délinquant; de même que plus tard, à l'époque féodale, le gentilhomme payera soixante sous où le vilain n'en payerait que quinze, l'amende est fixée pour le salien à quinze sous, à sept et demi pour le Romain, à trois pour le serf.

Mais dans les Capitulaires carlovingiens, aussi nombreux que les Capitulaires mérovingiens sont rares, on ne lit rien de semblable. Il n'apparaît aucune inégalité politique entre les Francs et les Gallo-Romains. Ce n'est pas que l'égalite règne; mais ce qui domine, ce n'est point une nationalité, c'est une classe composée d'éléments mêlés, où les indigènes trouvèrent place à côté des conquérants. Dès les premiers temps, en effet, on voit des Gallo-Romains, reconnaissables à leurs noms latins, s'élever aux premiers emplois, obtenir la faveur des

[1] Dans cette *Revue* même, tome XXIX.
[2] *Études sur l'époque mérovingienne*, tome III.
[3] Ap. Pertz, *Leg.*, I, 9.
[4] Dubos, II, 436, veut que dans ce texte le mot *franc* désigne un homme libre, par opposition au serf. Le mot *franc* prit en effet cette acception nouvelle ; mais bien plus tard.

Digitized by Google

princes, prendre rang, sous le nom de *convivæ regis*, à côté de leurs antrustions. Ils entrèrent ainsi dans la composition de l'aristocratie qui devint le corps féodal, d'où sortit à son tour la noblesse française. Il est toutefois à croire que les Francs y entrèrent en plus grand nombre. C'est seulement dans cette mesure qu'on peut admettre la tradition qui faisait de la noblesse l'héritière des Francs. Autant donc on aurait tort de nier la supériorité primitive du peuple conquérant, autant il faut se garder d'en exagérer la portée.

IV.

En résumé, les Gallo-Romains ne furent ni autant ni aussi peu atteints, soit dans leurs propriétés, soit dans leur condition personnelle que quelque uns l'ont cru. Ce qui subit surtout l'action de la conquête, ce furent les institutions.

A travers l'obscurité qui enveloppe les temps mérovingiens, on aperçoit des restes d'institutions romaines qui fonctionnent encore à côté des institutions germaniques qui se sont établies avec les Francs. Mais lorsque la lumière renaît, lorsque s'ouvre, avec les temps carlovingiens, une époque qui se peint dans un nombre considérable de monuments légaux, que voit-on? Une société renouvelée, qui a pris une forme toute germanique. Le droit romain ne se soutient que dans la sphère des relations privées; et là même il va bientôt être étouffé par des coutumes d'origine germanique. Au sud de la Loire le droit romain prolongea davantage son existence, mais en se dénaturant, en passant lui-même à l'état de coutume.

On voit combien le germanisme pénétra profondément la Gaule. Ce n'était qu'une transition à une autre forme sociale. Le germanisme donna naissance à la féodalité, qui changea une seconde fois la face de notre pays. Passage de la société romaine à une forme germanique, et de la société germanique à une forme féodale; voilà le drame de l'époque franque envisagée au point de vue des institutions.

Qu'il me suffise pour le moment d'avoir indiqué à grands traits ces révolutions. Je ne veux ici que faire connaître les monuments d'où peut se tirer l'histoire de cette double transformation sociale. L. DE VALROGER.

(*La suite à une autre livraison.*)

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

RECUEIL ANALYTIQUE DES PRINCIPALES DÉCISIONS DU CONSEIL DE PRÉFECTURE DE LA SEINE, STATUANT AU CONTENTIEUX, année 1865. — Imp. de Mourgues, 31 décembre 1865. Brochure in-8°.

Cette utile publication est due à l'initiative et aux soins de M. Dieu, président du conseil de préfecture. Ce fascicule est le deuxième; le premier a paru à la fin de l'année 1864.

Le conseil de préfecture de la Seine, réorganisé en exécution des décrets des 30 décembre 1862 et 17 mars 1863, est divisé en deux sections, sous la direction d'un président nommé par l'Empereur.

La loi du 21 juin 1865 et le décret du 12 juillet suivant ont réglé la composition des conseils de préfecture et leur procédure.

Des arrêtés du préfet en conseil de préfecture, en date des 20 avril et 4 mai 1863, ont déterminé le service intérieur du greffe pour l'instruction des affaires, ainsi que la composition et les attributions des deux sections du conseil.

La 1re section est principalement chargée des affaires purement administratives; la 2e section s'occupe des affaires contentieuses.

Le secrétaire général de la préfecture est commissaire du gouvernement près le conseil, et remplit les fonctions du ministère public, assisté de quatre auditeurs au Conseil d'État attachés à la préfecture de la Seine.

L'honorable président, appelé par la confiance de l'Empereur à la tête du conseil de préfecture de la Seine, a apporté dans ses difficiles fonctions les vues larges d'une autorité bienveillante. Il s'est proposé, par la publication que nous analysons, de porter à la connaissance du public les décisions contentieuses de l'administration, afin de le préserver des conséquences fâcheuses dont l'ignorance pourrait le rendre passible; les avantages qui en résulteront sont trop évidents pour que nous nous arrêtions longtemps à les démontrer. Son intérêt a déjà été apprécié des justiciables.

Les litiges qui relèvent de la compétence du conseil de pré-

Digitized by Google

fecture ont une importance toute particulière. Il prononce, en effet, comme tribunal administratif sur les difficultés qui peuvent s'élever entre les entrepreneurs de travaux publics et l'administration, concernant le sens ou l'exécution des clauses de leurs marchés; sur les demandes et contestations concernant les indemnités dues aux particuliers à raison des terrains pris ou fouillés pour la confection des chemins, canaux et autres ouvrages publics; — sur les contraventions à la police des carrières; — sur les difficultés qui peuvent s'élever en matière de grande voirie; — sur les recours contre les décisions du conseil municipal déclarant les logements insalubres et ordonnant des mesures d'assainissement; — sur les contestations et contraventions concernant les servitudes militaires; — sur les demandes des contribuables tendantes à obtenir la décharge ou la réduction de leurs cotes; il est chargé de réprimer et de poursuivre les contraventions en matière de grande voirie.

Il a été procédé à un choix judicieux dans les arrêtés du conseil, parmi ceux qui présentent un intérêt, non pas purement individuel, mais général, et dont les faits qui les ont motivés, par le retour de circonstances analogues, peuvent se représenter; les solutions qu'elles ont reçues porteront des enseignements salutaires pour les administrés.

JULES PÉRIN,
Avocat.

La livraison précédente contenait un article de M. Ameline sur les sociétés coopératives qui annonçait une suite. Cet article était tiré d'un ouvrage dont la publication ne devait avoir lieu que plus tard. Elle a été avancée, et le livre paraît sous ce titre : *Des institutions ouvrières au XIXe siècle* (Paris, Durand, 1 vol. in-8°). Nous n'avons plus qu'à y renvoyer les lecteurs de la *Revue*.

Digitized by Google

TABLE DES PRINCIPAUX ARTICLES

PAR ORDRE DE MATIÈRES.

DROIT CIVIL.

Pages

Révocation des donations par la séparation de corps; de son effet rétroactif (Examen doctrinal); par *M. Demante*. 385

De la réduction du legs de libération fait à un incapable, par *M. Berriat-Saint-Prix*. 210

De l'inscription sur les biens du conservateur des hypothèques pour faits de charge, par *M. Flandin*. 42

Des droits du locateur en cas de faillite du locataire (Examen doctrinal), par *M. Alb. Desjardins*. 1

Suite. 97

De la capacité de la femme mariée sous le régime dotal, par *M. Gide*. 78

Difficultées soulevées par le régime dotal (Examen doctrinal), par *M. Bertauld*. 193

Observations sur un mémoire de M. Batbie, intitulé *Révision du Code Napoléon* (suite), par *M. Duverger*. 116

Le Code civil italien et le Code Napoléon, par *M. Huc;* compte rendu par *M. Boissonade*. 172

PROCÉDURE CIVILE.

Examen critique de l'article 182 du Code de procédure, par *M. Bimbenet*. 224

La tierce opposition est-elle une voie nécessaire? par *M. Cardot*. . . 50

Le ministère public à l'audience civile, par *M. Perier;* compte rendu par *M. Reverchon*. 191

DROIT COMMERCIAL.

Dictionnaire universel de droit maritime, par *M. Caumont;* compte rendu par *M. Genevois*. 458

Digitized by Google

DROIT CRIMINEL.

Pages.

Loi modificative des articles 5, 6 et 7 du Code d'instruction criminelle, par *M. Bertauld*. 24
Le nouvel article 187 du Code d'instruction criminelle et ses conséquences, par *M. Bertrand*. 394
L'extradition devant le parlement anglais, par *M. Picot*. 168
Examen de la jurisprudence en matière d'extradition par *M. Ducrocq*. 481
De la prostitution et de l'article 334 du Code pénal, par *M. Goüin*. . . 284
De la peine de mort, par *M. Mittermaier;* compte rendu par *M. Hello*. 369

DROIT ADMINISTRATIF.

La lettre impériale du 24 juin 1863 et la décentralisation, par *M. de Luçay*. 275
Des sociétés coopératives, par *M. Ameline*. 426
Des biens communaux, par *M. Langlois;* compte rendu par *M. Pascaud*. 187
Le Code des conseils de préfecture, par *M. Orillard;* compte rendu par *M. Ducrocq*. 360
Recueil des décisions du conseil de préfecture de la Seine; compte rendu par *M. Périn*. 571

DROIT ROMAIN.

De la distinction des servitudes prédiales en droit romain, par *M. Machelard*. 518

HISTOIRE DU DROIT.

Cicéron et sa conception philosophique du droit, par *M. Feitu*. . . . 318
Les Cartulaires angevins, par *M. d'Espinay;* compte rendu par *M. Chaisemartin*. 92
Les barbares et leurs lois, par *M. L. de Valroger*. 458
Suite. 535

Nécrologie.

M. Bugnet, par *M. da Costa Athias*. 468

Digitized by Google

TABLE DES NOMS DES AUTEURS

DES PRINCIPAUX ARTICLES.

MM.		Pages.
AMELINE.	Des sociétés coopératives.	426
BERRIAT-SAINT-PRIX.	De la réduction d'un legs de libération fait à un insolvable.	210
BERTAULD.	Loi modificative des articles 5, 6 et 7 du Code d'instruction criminelle.	24
—	Difficultés soulevées par le régime dotal (examen doctrinal de jurisprudence).	193
BERTRAND.	Le nouvel article 187 du Code d'instruction criminelle; ses conséquences.	394
BIMBENET.	Examen critique de l'article 122 du Code de procédure civile.	224
BOISSONADE.	Compte rendu d'un ouvrage de M. Huc: Code civil italien et Code Napoléon.	172
CARDOT.	La tierce opposition est-elle une voie nécessaire.	50
CHAISEMARTIN.	Notice sur les Cartulaires angevins, par *M. d'Espinay*.	92
DA COSTA ATHIAS.	Article nécrologique sur M. Bugnet.	468
DEMANTE.	Séparation de corps; révocation des donations; effet rétroactif (examen doctrinal).	385
Alb. DESJARDINS.	Du droit du locateur en cas de faillite du locataire (examen doctrinal).	1
—	Suite.	97
DUCROCQ.	Le Code des conseils de préfecture, par M. Orillard; compte rendu.	360
—	Examen de la jurisprudence en matière d'extradition.	481
DUVERGER.	Observations sur un mémoire de M. Batbie, intitulé *Révision du Code Napoléon*.	116
FEITU.	Cicéron et sa conception philosophique du droit.	318

Digitized by Google

MM. Pages.

FLANDIN. . . . . Inscription sur les biens du conservateur des hypothèques pour faits de charge. . . 42
GENEVOIS. . . . . Dictionnaire universel du droit maritime, par M. Caumont; compte rendu. 458
GIDE. . . . . Incapacité de la femme mariée sous le régime dotal. 78
GOÜIN. . . . . De la prostitution et de l'article 334 du Code pénal. 284
HELLO. . . . . De la peine de mort, par M. Mittermaier; compte rendu. 369
DE LUÇAY. . . . . La lettre impériale du 24 juin 1863 et la décentralisation. 275
MACHELARD. . . . . De la distinction des servitudes prédiales en droit romain. 518
PASCAUD. . . . . Des biens communaux, par M. Langlois; compte rendu. 187
PÉRIN. . . . . Décisions du conseil de préfecture de la Seine; compte rendu. 571
PICOT. . . . . L'extradition devant le parlement anglais. 168
REVERCHON. . . . . Le ministère public à l'audience civile, par M. Perier; compte rendu. 191
L. DE VALROGER. . . . . Les barbares et leurs lois. 458
— Suite. 535

ERRATA.

Page 192, ligne 18, au lieu de *interrogations*, il faut lire *investigations*.
— 349, — 35, et page 353, ligne 20, au lieu de *deux mille ans*, il faut lire *dix-neuf siècles*.

Paris. — Imprimé par E. Thunot et Cᵉ 26, rue Racine.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google